

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO SUPERADOR DA LEI E A  
PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ARGUIDO NO  
REGIME DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL  
PORTUGUÊS

**RUI COSTA PEREIRA**

**MESTRADO EM DIREITO**  
**CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

**2012**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO SUPERADOR DA LEI E A  
PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ARGUIDO NO  
REGIME DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL  
PORTUGUÊS**

**RUI COSTA PEREIRA**

**MESTRADO EM DIREITO  
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO  
PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM**

**2012**



## Sumário

A vinculação à lei e ao Direito deve ser entendida como critério de realização e administração de um ideal máximo de Justiça; o desenvolvimento do direito superador da lei não é uma afronta à vinculação judicial à Lei e ao Direito, antes uma manifestação dessa vinculação; a teleologia do regime das proibições de prova pauta-se pela protecção de Direitos Fundamentais e não tanto por uma qualquer forma de disciplina processual marcadamente formalista; distinção essencial neste âmbito é a que existe entre invalidades decorrentes da violação de formalidades processuais, por um lado, e proibições de prova, por outro; não tendo o legislador nacional alcançado destringer claramente umas e outras, uma análise casuística ponderada é especialmente exigida neste âmbito, sob pena de se desvirtuarem regimes que devem ser, sem dúvida, correlacionados, ao mesmo tempo que bem diferenciados um do outro; o desenvolvimento do Direito superador da lei, como modo de fazer produzir e valorar provas proibidas, é uma ferramenta à qual só se poderá “lançar mão” apenas se e quando as normas legalmente positivadas não orientem para uma solução constitucionalmente conforme; se a valoração de uma prova proibida for o único meio capaz à preservação da liberdade, impedindo, assim, que um inocente se veja privado dela, é de admitir a utilização, produção e valoração dessa prova; a haver um efeito-à-distância das proibições de prova, esse decorrerá de uma interpretação extensiva, teleológica e sistemática do regime das proibições de prova, considerado como um todo, porquanto não existir norma expressa que o indique.

Palavras-chave: *Direito Processual Penal; desenvolvimento do direito superador da lei; proibições de prova; invalidades processuais; efeito-à-distância.*

## Siglas e Abreviaturas

<b>Ac.</b>	– Acórdão
<b>AcTC e TC</b>	– Acórdão do Tribunal Constitucional e Tribunal Constitucional
<b>AcTRC e TRC</b>	– Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra e Tribunal da Relação de Coimbra
<b>AcTRG e TRG</b>	– Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães e Tribunal da Relação de Guimarães
<b>AcTRL e TRL</b>	– Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa e Tribunal da Relação de Lisboa
<b>AcTRP e TRP</b>	– Acórdão do Tribunal da Relação do Porto e Tribunal da Relação do Porto
<b>AcSTJ e STJ</b>	– Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal de Justiça
<b>BFDUC</b>	– Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
<b>BMJ</b>	– Boletim do Ministério da Justiça
<b>BVerfGE</b>	– Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<b>CEDH</b>	– Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<b>Coord.</b>	– Coordenação
<b>CP</b>	– Código Penal
<b>CPP</b>	– Código de Processo Penal
<b>CRP</b>	– Constituição da República Portuguesa
<b>DUDH</b>	– Declaração Universal dos Direitos do Homem
<b>JIC</b>	– Juiz de instrução criminal
<b>MP</b>	– Ministério Público
<b>OPC</b>	– Órgãos de polícia criminal
<b>Org.</b>	– Organização
<b>RCEJ</b>	– <i>Revista do Centro de Estudos Judiciários</i>
<b>RMP</b>	– <i>Revista do Ministério Público</i>
<b>RPCC</b>	– <i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i>
<b>StPO</b>	– Strafprozessordnung
<b>TEDH</b>	– Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

***“Não há qualquer motivo para manter velhos conceitos jurídicos apenas pelo seu valor mitológico ou pelo peso da sua tradição”*** – João Conde Correia, “Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais”, em *BFDUC*, Coimbra, 1999, página 96.

## Introdução

### I. Objecto e pressupostos metodológicos

O presente trabalho tem por objecto fazer uma descrição analítica do tratamento doutrinário e jurisprudencial à temática das proibições de prova no âmbito do Direito Processual Penal Português, para daí partir para uma oferta de soluções que, ainda que não se possam considerar verdadeiras *novidades*, são, na nossa modesta opinião, novas perspectivas sobre determinadas orientações que têm dominado a ordem jurídica portuguesa<sup>1</sup>.

O primeiro capítulo, reservado ao *desenvolvimento do direito superador da lei*, assumirá a vertente de pressuposto metodológico para os capítulos que sucedem. Na verdade, considerando que o estudo normalmente feito no âmbito do Processo Penal parte, via de regra, de uma óptica interna própria, procurou-se, recorrendo a conceitos e ideias da Teoria do Direito, dar um cunho diferente a uma tese que ainda de Direito Processual Penal propõe libertar-se dos seus próprios dogmas, quando se demonstrem já ultrapassados<sup>2</sup>.

Balizados os pressupostos metodológicos do estudo nesses termos, foi possível avançar para a análise directa das *regras de proibições de prova*. Num primeiro momento, evidenciando as influências externas – demarcada de uma análise de Direito Comparado – que contribuíram para o desenvolvimento desse regime na nossa ordem jurídica e que, de algum modo, ainda podem contribuir; seguidamente versou-se de forma directa sobre a *praxis* doutrinária e jurisprudencial no âmbito da temática das proibições de prova do sistema processual penal português.

---

<sup>1</sup> E aqui diga-se, por questão de honestidade, que no presente estudo pretendeu-se clarificar uma série de posições que o próprio autor tomou na parte lectiva do curso de Mestrado, nomeadamente nos relatórios aí apresentados, assumindo-se também, uma alteração de outras que, reconhece-se, terão sido excessivas.

<sup>2</sup> Para uma melhor compreensão do poder judicial ou desenvolvimento judicial do Direito superador da lei, veja-se, entre outros, LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, página 519 e seguintes.

## II. O passado recente e as repercussões do mesmo

Optou-se por não se dar um tratamento reservado à evolução histórica do Processo Penal Português em geral, e ao regime das proibições de prova em particular, porquanto se ter pretendido retirar conclusões próprias tão-só de uma evolução recente mas, sobretudo, do ponto actual da problemática. Ademais, não consideramos que haja hoje um amadurecimento suficiente do tratamento a dar à temática da prova em Processo Penal<sup>3</sup>.

Dito isto, consideramos que por virtude dos excessos cometidos no passado mais recente na aplicação dos instrumentos de repressão a ofensas a bens jurídicos tutelados pelo Estado ergueu-se, em Portugal, um sistema processual penal marcada e assumidamente *garantista* do ponto de vista do arguido – razão pela qual muitos entendem o Código de Processo Penal como a *Magna Carta* do agente do crime. No entanto, levado esse garantismo ao extremo, chegaremos a soluções que certamente não poderão ser tidas como pacíficas num Estado de Direito, nem mesmo como aceitáveis na mesma perspectiva.

Se o Estado de forma por vezes intencional, inadvertidamente por outras, se socorre de meios que à partida se não poderia apoiar para, no fim, firmar os interesses que lhe competem salvaguardar, *maxime* a segurança comunitária e a tutela punitiva, puna-se o Estado por essa razão, pois que o Estado não está acima do indivíduo nem do devido respeito à dignidade humana.

No entanto, não será também legítimo ao Estado, em determinadas circunstâncias excepcionais, “fechar os olhos” às evidências que se lhe apresentam, sendo um imperativo do julgador, como órgão de soberania, na prossecução do ideal de Justiça que abordaremos *infra*, “abrir os olhos” e *ditar o*

---

<sup>3</sup> Sem prejuízo de enaltecermos, neste âmbito, o estudo recentemente desenvolvido por PAULO DÁ MESQUITA em *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Lisboa, Coimbra Editora, 2011.



*direito* em conformidade com uma ponderação de interesses que, relativamente ao caso concreto, poderá exigir a produção e valoração de determinado acervo probatório que à partida lhe estaria vedado – se atentarmos às considerações doutrinárias que têm marcado este âmbito específico do Direito Processual Penal Português.

Não são contudo os tribunais os únicos órgãos de soberania “onerados” com a tarefa enunciada *supra*. O legislador deve também agir aprendendo e compreendendo o passado. Mas deve também actuar sem traumas do mesmo passado, isto é, deve actuar sem que estes influenciem as escolhas, porventura mais acertadas, afastando estas para erguer outras mais “seguras”.

### **III. Princípios estruturantes e *proibições de prova***

De entre as várias tarefas e atribuições do Estado que a Constituição da República Portuguesa consagrou, o exercício da jurisdição penal será, garantidamente, das mais relevantes que caberá salvaguardar. Porque, por um lado, é um pilar à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, trave-mestra da nossa ordem constitucional e, por outro lado, porque decorrência de uma noção de Estado Democrático de Direito.

De ambas as vertentes apontadas, decorre também uma ideia de *comunicabilidade* entre o exercício de funções soberanas do Estado na salvaguarda dos interesses constitucionalmente relevantes dos seus membros e a necessária compatibilização entre os interesses colectivos, pertença de todos, e interesses individuais, imprescindíveis à afirmação do respeito devido da dignidade humana.

Na verdade, “*o fundamento da jurisdição penal estatal não se encontra na soberania, antes é comum a outras entidades (não soberanas), e que, portanto, o facto de ser na figura do Estado que se realiza a forma mais perfeita de*

*jurisdição penal não se explica através da soberania, mas sim da natureza única da sua responsabilidade perante a comunidade sob o seu domínio”.*<sup>4</sup>

Assim é perspectivado o exercício da jurisdição penal e da tutela punitiva do Estado, porquanto que nos inserimos num Estado “baseado na dignidade da pessoa humana e na vontade popular”, onde os seus órgãos de soberania, nomeadamente os tribunais, exercem as respectivas competências “em nome do Povo”<sup>5</sup>.

Efectivamente, “a dignidade da pessoa humana e a vontade popular estão organicamente ligadas, respectivamente, à garantia constitucional dos direitos fundamentais e ao sistema constitucional-democrático. São igualmente fundamento e limite do Estado democrático configurado pela Constituição”<sup>6</sup>.

Correlacionados directamente com os princípios ora referenciados, a evolução dos tempos e a ruptura com o regime anterior ao 25 de Abril de 1974 permitiu a edificação de princípios próprios do Direito Processual Penal. Princípios em que se demarca a relevância da estruturação do nosso processo

---

<sup>4</sup> PEDRO CAEIRO, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado – O Caso Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, página 55. Acompanhando esta noção do fundamento da jurisdição penal do Estado, indicamos agora o desenvolvimento que o autor dá à mesma numa parte mais adiantada do seu estudo: “Num plano material, tal fundamento encontra-se na responsabilidade de certo ente pela paz e a segurança da comunidade, entendida como dever de ordenar as condições da sua convivência através da cominação e aplicação de penas por um poder público. O que significa que a jurisdição penal tem como critério de legitimidade intrínseco (material) a congruência dos poderes ali incluídos com o título em que assenta naquela responsabilidade (não necessariamente a soberania) e, consequentemente, com os meios (normativos, institucionais e pragmáticos) de que a dita entidade dispõe para se desempenhar nela” – PEDRO CAEIRO, *Fundamento...*, *op.cit.*, página 209.

<sup>5</sup> Cfr., artigos 1.º e 202.º, n.º 1, da CRP.

<sup>6</sup> GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 1º a 107º, Volume I*, Coimbra Editora, 2007, página 198.

penal de matriz acusatória, mitigada por um princípio de investigação, como um verdadeiro dever funcional do juiz<sup>7</sup>.

Assim, o legislador constituinte determinou, por via do artigo 32.º, n.º 5, da CRP, que “*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”.

Deixando-se ao legislador um espaço de actuação para a fixação dos momentos relevantes ao exercício do contraditório, corolário daquele princípio, podemos afirmar que a matriz acusatória do processo penal português não significa uma homogeneidade da sua amplitude em todas as fases do processo.

Na verdade, o Código de Processo Penal “*não consagra, porém, uma estrutura acusatória pura. Assim, a proclamada igualdade de armas entre a acusação e a defesa só tem lugar na fase da instrução formal e na de julgamento, mas já não na fase de inquérito. O inquérito é dominado pelo Ministério Público e a sua estrutura tem natureza predominantemente inquisitória e não acusatória*”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Princípio da investigação que, reconhecido hoje de forma pacífica, foi acolhido de “braços abertos” pelo sistema processual penal do Estado Novo, influenciando, até hoje, a estruturação do processo penal português. Como enfatiza PAULO DÁ MESQUITA – *A prova do crime...*, op.cit., página 94 – “*Depois da reforma processual da Ditadura Nacional, o papel do juiz do julgamento não voltará a ser o mesmo, passa a ser responsável pela investigação da verdade à luz do axioma de que a concepção moderna de processo implica um juiz com os mais largos poderes*”. Evidentemente que um juiz com os “mais largos poderes” na concepção do Estado Novo era um ideal arreigado de uma concepção própria de um Estado autoritário; hoje, a admitir-se um mesmo ideal, ter-se-á que fundar num princípio de confiança das instituições democraticamente eleitas ao serviço do Povo e para o Povo, já não para um Estado “desligado” desse substrato. Sobre a “mistura de modelos” de acusatório e investigação, veja-se ainda do mesmo autor, na mesma obra, páginas 252 e seguintes.

<sup>8</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, I*, Lisboa / São Paulo, ed. Verbo, 2008, página 61.

Por força dessa *limitação* do exercício do contraditório nas fases anteriores ao julgamento, procurou-se erguer uma multiplicidade de ferramentas que servissem de garantia e evitassem o “atropelo” aos direitos de defesa do arguido, porquanto que os *“interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1º) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2º), não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos”*<sup>9</sup>.

As *proibições de prova* são um desses corolários à salvaguarda da dignidade humana, no âmbito de um Processo Penal erguido num Estado de Direito Democrático, que exige a previsão de “obstáculos” a atitudes persecutórias e atentatórias dos direitos fundamentais do arguido por parte do Estado em momentos que, via de regra, o contraditório não opera nos mesmos termos que na fase de julgamento<sup>10</sup>.

Fixou-se, assim, nos termos do n.º 8, do artigo 32.º, da CRP, que são *“nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física*

---

<sup>9</sup> GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *op.cit.*, página 524.

<sup>10</sup> Como há muito enfatizou MANUEL DA COSTA ANDRADE, o *“labor hermenêutico de identificação, interpretação e aplicação da disciplina normativa das proibições de prova constantes da legislação ordinária há-de, por seu turno, erigir os pertinentes imperativos constitucionais em tópicos privilegiados e permanentes de referência. Não tanto nem principalmente pela razão linear e mais exposta de a Constituição representar a matriz de legitimação formal e material dos singulares ramos de direito. Mas também, e sobretudo, pelo teor das relações de interpenetração que medeiam entre a Constituição e o processo penal, traduzidas na conhecida síntese de HENKEL: o direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado”*. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, página 12. Por outro lado, a disciplina das chamadas *instâncias formais de controlo*, no desempenho das suas competências no âmbito do regime da prova, tem também vindo a ser destacada pela doutrina. Como refere PAULO DE SOUSA MENDES, não espanta *“que as proibições de prova persigam fins de disciplina, por isso mesmo que visam impedir que o MP e os OPC façam tábua rasa dos direitos de liberdade que se opõem ao interesse da perseguição penal ou abusem dos meios de actuação disponibilizados pela ordem jurídica”* – PAULO DE SOUSA MENDES, *“As proibições de prova no processo penal”*, em *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, Lisboa, 2004, página 140.

*ou moral da pessoa, abusiva intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.*

Neste âmbito procuraremos evidenciar a teleologia das *proibições de prova*; o modo como as mesmas se compatibilizam ou se deverão compatibilizar com outros interesses constitucionalmente relevantes<sup>11</sup>; quais as ferramentas disponíveis ao intérprete e, sobretudo, ao julgador, para que alcance a compatibilização entre as proibições de prova e outros interesses que, muitas das vezes, estarão em colisão; finalmente, pressupondo o exercício da função jurisdicional do Estado como o faremos *infra* (Cap. I), apontar até onde poderá ser alargada nuns casos, e suprimida em tantos outros, a aplicação das regras das proibições de prova.

---

<sup>11</sup> Não sendo a afirmação expressamente dirigida à temática das proibições de prova, mas sendo perfeitamente análogo o raciocínio expendido, afirmou recentemente FIGUEIREDO DIAS que “*se é certo que existe aqui um limite inultrapassável – o do respeito pela eminente dignidade pela pessoa –, em tudo o resto os direitos e liberdades (incluídas as «garantias da defesa» a que se refere o art. 32.º-2 da Constituição da República Portuguesa) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária*” – FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, 2011, página 27.

## Capítulo I

### O Desenvolvimento do Direito Superador da Lei

#### §1.º A administração da justiça penal

##### 1.1. A vinculação do poder judicial à Lei e ao Direito

Nos termos do artigo 203.º da Constituição da República Portuguesa “*os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei*”. Doutro passo, prevê o artigo 9.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que “*os tribunais judiciais administram a justiça penal de acordo com a lei e o direito*”.

Segmentos normativos aparentemente desconformes, na medida em que o primeiro aponta, tão-só e à primeira vista, para uma vinculação dos tribunais “à lei”, enquanto o segundo prescreve essa vinculação à lei “e ao direito”, são, no entanto, ao contrário do que uma interpretação literal parece conduzir, normas em si mesmas perfeitamente compatíveis. Na verdade, como referiu LABORINHO LÚCIO, “*não é concebível quer do ponto vista jurídico-constitucional, quer em termos de pensamento jurídico moderno que o legislador constituinte ao “sujeitar” apenas à lei os tribunais o tivesse feito optando filosófico-ideologicamente por uma concepção positivista-legalista*”<sup>12</sup>. Não é sequer aceitável, num Estado Democrático de Direito, que o mesmo Estado se comprometa em termos juridicamente dogmáticos com determinada Escola de pensamento jurídico.

O “campo de actuação” de um e de outro dos preceitos referidos é, isso sim, distinto, não sendo por isso fixados critérios ordenadores do exercício jurisdicional de forma contraditória. Na verdade, e aqui recorrendo-nos das palavras de LABORINHO LÚCIO, “*teremos, assim, que naquele artigo 208.º*” – na redacção anterior do actual artigo 204.º da Lei Fundamental – “*a alusão à lei*

---

<sup>12</sup> LABORINHO LÚCIO, “Sujeitos do Processo Penal (algumas considerações)”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, página 43.

*surge como limite relativo ao referente essencial do preceito, que é a independência dos tribunais; diferentemente, no n.º 1 do citado art. 9.º, o apelo à lei e ao direito, aparece como definição de uma metodologia relativa ao referente base da norma em questão e que se traduz na administração da justiça penal.” (...)* “Só assim aliás, parece dever entender-se o objectivo atribuído ao tribunal no art. 53.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, traduzido na “descoberta da verdade e na realização do direito”<sup>13</sup>.

Afirme-se, então, que a vinculação à lei e ao Direito, mais que um limite ao exercício do poder soberano jurisdicional, se assume sobretudo como critério ordenador com vista à realização e à administração de um ideal máximo de Justiça<sup>14</sup>. Importa por isso desenvolver os termos em que concebemos essa administração.

HASSEMER entende o dever de administrar a Justiça, próprio do poder judicial, da seguinte forma, que acolhemos: “*Parece ser claramente absurdo insistir (...) em que o juiz se tenha de ater estritamente à lei. Ele não o pode fazer*”. Diremos até que não o deve fazer. Prossegue afirmando que “*Uma tal exigência, aparentemente fundada na noção de Estado de direito, não tem como consequência um cumprimento mais exacto das prescrições legais por parte da jurisprudência, mas sim que esta procure dar a entender que se limita a cumprir a lei. A ser verdade que a actividade do juiz apenas constitui o âmbito do significado das palavras da lei quando procede à interpretação da lei no caso concreto, uma concepção «rígida» da vinculação judicial não poderá alterar este facto; quando muito, poderá disfarçá-lo*”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> LABORINHO LÚCIO, “Sujeitos...”, *op.cit.*, página 45.

<sup>14</sup> Ideal de Justiça que, remotamente, nem na estruturação teórica do sistema processual penal português do Estado Novo foi olvidado. Sobre este tema, veja-se mais desenvolvidamente, PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, páginas 82 e seguintes.

<sup>15</sup> HASSEMER, “Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei”, em *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, (org.) ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, página 293.

A vinculação cega – dos tribunais – à Lei conduzirá necessariamente àquilo “*que o preceito da vinculação do juiz no Estado de direito quer evitar: a inevitável variação da jurisprudência e os ditames permanecem opacos*” e, inevitavelmente, o poder judicial encontrará o “caminho” que lhe permita escapar ao controlo que lhe é devido.

O que pretendemos então significar é que o poder jurisdicional, no âmbito da sua actuação de realização da Justiça em nome do Povo – tal como o texto constitucional o prescreve –, nunca poderá ser reconduzido a processos “fechados” de estrita, rígida e seca obediência às previsões normativas: este poder, de forma sobremaneira mais relevante que aquela que poderá ser perfilhada em comparação ao poder executivo ou ao poder legislativo, deverá ser entendido numa perspectiva “ágil”, necessariamente balizada pelo contrapeso da vinculação ao ideal de Justiça constitucionalmente reconhecido<sup>16</sup>.

O silogismo judiciário puro e duro é uma utopia e apenas resultaria em soluções verdadeiramente justas, caso a lei não fosse lacunar, caso a lei

---

<sup>16</sup> Como bem refere OTTO BACHOF, no prefácio para edição portuguesa da sua célebre obra *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, “*As questões dos limites da actuação estadual em todas as suas formas – seja mesmo na veste da actuação constituinte –, da relação entre legitimidade e legalidade, das possibilidades e limites do controlo judicial da legitimidade, têm de pôr-se em toda e qualquer ordem soberana que se sabe vinculada ao direito e à justiça: pois elas são, em último termo, as questões da essência, do sentido, da validade e da força obrigatória do direito*” – *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* (tradução de José Manuel Cardoso da Costa) Coimbra, 1977, página 1. Destacamos esta passagem pela relação que o Autor faz, e que nós acolhemos, entre vinculação ao Direito e à Justiça e a força obrigatória do Direito – um Direito eficaz mas também mais justo será, assim, um Direito mais forte. Demonstrativo deste entendimento pelo mesmo Autor, referindo-se à força dos princípios de direito constitucionalmente reconhecidos, página 2: “*Um Estado poderá certamente desrespeitar tais princípios, poderá passar também por «direitos» as prescrições e os actos estaduais que os desrespeitem e poderá impor a observância destes pela força. Um tal direito aparente nunca terá, porém, o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria*”.



conseguisse a harmonização perfeita, em todas as situações, de interesses anteriormente conflituantes, caso o “paz jurídica” imperasse<sup>17</sup>.

De forma alguma consideramos que o texto constitucional comanda o poder jurisdicional tão-somente a fiscalizar o respeito pela lei. Eventualmente essa afirmação prender-se-á com a salvaguarda do princípio da separação de poderes. Todavia, este mesmo princípio – como qualquer outro – não se poderá considerar absoluto, e muito menos estanque. A separação de poderes não obriga a que o juiz, no exercício da função jurisdicional que a mesma Constituição lhe reconhece e confere, afira única e exclusivamente, perante a avaliação do pleito, se a lei – e aqui reportamo-nos à lei infraconstitucional – foi respeitada. A separação de poderes, conjugada com o dever de vinculação à lei e ao Direito, comanda-o a aplicar a lei: e aplicar a lei nunca será sinónimo de apenas fiscalizá-la<sup>18</sup>.

Sem dúvida que é a mesma lei que aponta os comandos que este – o juiz – deve cumprir que também fixará as limitações desse mesmo cumprimento. Porém, se a lei a aplicar pelo julgador se configurar como incompleta ou defeituosa, cabe a este superá-la<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Como já foi por nós afirmado em *Uma “boa” Justiça: reflexão sobre a vinculação do Juiz à Lei e o seu espaço de criação de Direito*, Relatório de Mestrado realizado no Seminário de Teoria do Direito: Público e Privado, Curso de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, página 13.

<sup>18</sup> No sentido de que a Justiça deve ser entendida como critério ordenador da aplicação do Direito, cfr., OTTO BACHOF, *Normas constitucionais...*, *op.cit.*, páginas 19 e 20. Em consonância com o acabado de defender, HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito* (2.<sup>a</sup> edição traduzida por João Baptista Machado), Almedina, 2008, página 284. Diz-nos o ilustre mestre: “*Os tribunais criam Direito, a saber – e em regra –, Direito individual; mas dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como facto produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo Costume. A decisão judicial é a continuação, e não o começo, do processo de criação jurídica*” e por isso é que o desenvolvimento do direito superador da lei, resultando no afastamento de uma solução normativa e no chamamento de outra, não é atentatório da separação de poderes.

<sup>19</sup> E aqui atemo-nos ao significado de lei em sentido estrito – acto legislativo de natureza infraconstitucional.

E não se diga que com este entendimento o princípio da superação de poderes é posto em cheque, senão de que forma compreenderíamos – e isto reportando-nos apenas ao sistema constitucional português – que a Constituição confira ao Governo, órgão de soberania titular do poder executivo, mediante determinadas circunstâncias, a faculdade de exercício de funções legislativas? E por isso entendemos que o poder legislativo da Assembleia da República é afrontado? Seguramente que não.

O legislador constituinte acautelou devidamente a necessidade de “ingerência” dos órgãos de soberania no exercício de competências que, normalmente, se encontram adstritas a um só órgão – à Assembleia da República o poder legislativo, ao Governo o poder executivo e aos Tribunais o poder jurisdicional. Mas quando entendemos que o juiz, no exercício da função jurisdicional que lhe compete, supera a lei, desenvolvendo-a, “criando” Direito, nem sequer se poderá afirmar que este estará exercer, seja de que forma for, qualquer espécie de exercício de uma função legislativa. Procuraremos demonstrá-lo no próximo capítulo.

A vinculação do poder judicial à lei e ao Direito é, num primeiro plano, sinónimo da vinculação a princípios estruturantes da ordem jurídica de determinado Estado, princípios esses que, independentemente das concepções jusfilosóficas de cada um – desde o jusnaturalismo ao positivismo-legalista –, se terão de considerar de natureza supraconstitucional. O que ocorrerá por uma razão puramente lógica, senão vejamos: a força vinculativa de determinados institutos, de determinados direitos, que se encontram consagrados num qualquer texto constitucional, no seio de uma sociedade orientada ao respeito dos mais elementares direitos humanos, é aceite por cada um independentemente do molde em que essas mesmas realidades são constitucionalmente consagradas. Pense-se por exemplo no respeito devido à integridade física e moral de cada um. Não restam dúvidas a ninguém, nos dias de hoje, de que a integridade física e moral da pessoa humana carecem do respeito pelo Estado e por cada um dos cidadãos. Esse *sentimento de obrigatoriedade* existe independentemente do modo como o legislador constituinte consagra e reconhece o direito em causa; independentemente do modo como o legislador infraconstitucional determina as

reações penais à sua violação. É uma realidade preexistente à realidade constitucional. E por que há realidades que preexistem o plano constitucional é que falamos em princípios que preordenam os princípios constitucionais.

Se se recusar essa ideia de “convicção geral de obrigatoriedade”, há que pelo menos admitir que o Direito recolhe muita da sua eficácia da mesma, pois que não há norma que valha no mundo fáctico se não for “aceite” como válida por todos. E sobre a *“eficácia de uma norma jurídica que liga uma determinada conduta, como condição, uma sanção, como consequência”* afirmou HANS KELSEN que *“se deve entender não só o facto de esta norma ser aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente os tribunais – isto é, o facto de a sanção, num caso concreto, ser ordenada e aplicada –, mas também o facto de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica – isto é, o facto de ser adoptada a conduta pela qual se evita a sanção”*<sup>20</sup>.

Conformados que são os princípios constitucionais a essas mesmas realidades que os antecedem, suceder-se-á como que uma densificação *em cascata* em que, regra geral, a norma superior regerá a norma inferior e por aí adiante<sup>21</sup>. O que caberá reconhecer em comum a cada uma, independentemente da posição que assume na cascata, é que todas estarão marcadas pela origem remota, pela fonte: e

---

<sup>20</sup> HANS KELSEN, *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 12.

<sup>21</sup> Em sentido idêntico já ensinava HANS KELSEN. Dizia, então, o ilustre mestre: *“Se o acto legislativo que subjectivamente tem o sentido de dever-ser tem também objectivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao acto legislativo este sentido objectivo. O acto criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjectiva como objectivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua”* – *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 9. Mais clara essa ideia de produção normativa em cascata, pelo mesmo autor, quando afirma que *“o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade uma outra norma é figurativamente designada como norma «superior», por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma «inferior»”* – *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 215.

a fonte que nós entendemos é o valor suprapositivo, supraconstitucional, da realização de um ideal máximo de Justiça. Um valor que é pressuposto<sup>22</sup>.

Essa pressuposição da por ele chamada “norma fundamental” é reconhecida nitidamente pelo mesmo HANS KELSEN, numa fase mais adiantada do seu estudo em análise, quando o mesmo afirma que *“a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade – cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como «norma fundamental» (Grundnorm)”*<sup>23</sup>. Por nós, concebemos essa “norma fundamental” como paralelo ou, melhor dito, sinónimo de um ideal máximo de Justiça.

Assente este ponto, numa sociedade democrática, ordenada pelo Direito, centrada no respeito à dignidade humana, qualquer que seja a sua marca política, ou religiosa, dogmático-jurídica, etc., ninguém dirá que a Justiça não deverá ser

---

<sup>22</sup> O próprio KELSEN, crítico assumido do pensamento jurídico não científico, parece, em certa medida, admitir que há valores jurídicos que não se poderão compreender numa perspectiva científica, isto é, numa perspectiva empiricamente comprovável, afirmando que *“a norma fundamental, que constitui o fundamento de validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um acto de vontade, mas pressuposta pelo pensamento jurídico”* – *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 25. Efectivamente, se subida a “cascata normativa” anteriormente referida, necessariamente ter-se-á que reconhecer – sempre considerando e admitindo a existência de normas jurídicas preexistentes às normas constitucionais escritas – que a dada altura não será possível demonstrar, de forma isolada e perfeitamente apreensível, que a criação da norma fundamental é criação do Homem. Por nós, é antes o resultado de uma evolução contínua da realidade, à qual o “mundo” do Direito sempre se associa.

<sup>23</sup> HANS KELSEN, *Teoria Pura...*, *op.cit.*, páginas 216 e 217.

um fim último a alcançar em cada acto da comunidade, *maxime* cada acto estadual, designadamente por via do exercício da sua função jurisdicional<sup>24</sup>.

Abordando a temática da *decisão normativamente correcta*, e introduzindo a análise dos alicerces das proibições de prova, enfatiza então MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS que “*o processo judicial tem um elevado valor legitimador no seio da sociedade, por se encontrar orientado para a procura da verdade e do direito, numa palavra, para a correcção da decisão que não permite que alguém seja injustamente condenado. É para este fim, que são definidas regras como as concernentes à recusa do juiz ou à proibição de prova*”<sup>25</sup>.

Assim, veremos de que modo caberá ao juiz no exercício das suas atribuições e competências “fiscalizar o respeito da lei”, procurando alcançar um ideal de Justiça preordenante de toda a ordem jurídica em que este se insere.

## **1.2. O desenvolvimento do Direito superador da Lei**

Em situações limite, quando chamado a decidir, o julgador deparar-se-á muitas das vezes com casos em que a norma legal não lhe dá uma solução e uma resposta justas, nem a norma que se sobrepõe e, talvez mesmo, nem a norma constitucional. Perante este circunstancialismo, fundamentando um poder superador da lei que não mais é que um desenvolvimento da mesma lei, encontrará o julgador a resposta idónea, a resposta justa.

Refere HASSEMER que quando a norma jurídica concretamente aplicável, que deveria conformar os princípios jurídicos que ora afronta não os satisfaz

---

<sup>24</sup> Em sentido análogo, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Lisboa, Almedina, 2011, página 54. Para o que ora releva, afirma então a autora: “*O tribunal é portanto uma obra da sociedade. E, do ponto de vista sociológico, para que as decisões destes sejam aceites pelos cidadãos, é necessário que exista uma confiança nas funções que os tribunais desempenham. Esta confiança alicerça-se essencialmente na ideia do terceiro imparcial. Nela reside a própria essência da justiça. Como sublimemente sintetizado por Radbruch, a jurisdição vive da confiança do Povo*”.

<sup>25</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 55.

convenientemente, “a correcção da decisão judiciária tem de ser demonstrada por referência aos princípios jurídicos fundamentais”, salvaguardando, e bem, o autor, “quando não estiver uma outra norma à disposição, na qual possa apoiar o resultado da decisão”<sup>26</sup>.

O julgador deverá sempre procurar a solução para o caso no âmbito da *cascata* de normas que a ordem jurídica em que se insere emana. Essa procura deverá sempre iniciar-se no respectivo *leito*, remando até à *fonte* na procura da melhor solução, da solução justa. Isto é, o comando constitucional de vinculação do poder jurisdicional à Lei e ao Direito obriga o Juiz a procurar sempre a solução para o caso concreto, em primeiro lugar, no campo normativo mais próximo, ou seja, no plano legal e infraconstitucional. Quando aí não é encontrada a solução justa, este deverá recorrer aos mais variados mecanismos que a ciência jurídica desenvolveu, *maxime* a interpretação conforme à Lei Fundamental, para daí determinar o Direito (*juris dictio*). Apenas em situações limite e extremas em que nem o texto constitucional oferece a resposta justa é que se encontrará aquele legitimado a recorrer a normativos preexistentes à realidade constitucional, que por não terem sido devidamente reconhecidos e acolhidos pela Constituição é que são, e só agora, chamados à colação.

Efectivamente, nem sempre a procura da solução normativa ideal se esgotará no início – como até seria desejável, sinal de que o Estado, nas vestes de legislador, havia alcançado um conformar absoluto de todos os níveis normativos. Muitas das vezes o juiz encontrará vícios nesse caminho. Mas no limite a solução existirá sempre: uma vez que, independentemente do modo como o legislador conformou a ordem a jurídica e a cadeia normativa em que num plano superior se encontra um ideal de Justiça máximo e que, num plano inferior, se encontra o mais básico acto do Estado, restará sempre o primeiro destes planos, esse insusceptível de conformação – a máxima da Justiça.

---

<sup>26</sup> Conforme já destacámos, RUI COSTA PEREIRA, *Uma “boa” Justiça...*, *op.cit.*, páginas 22 e 23.

Recorrendo uma vez mais à lição de KELSEN, “*Todo o acto criador de Direito deve ser um aplicador de Direito (quer dizer, deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao acto) para poder valer como acto da comunidade jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do Direito mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal (o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito)*”<sup>27</sup>. Ou seja, pelo facto da ordem jurídica reconhecer ao juiz competência para determinar normas individuais – resultado da sua tarefa jurisdicional –, reconhece-lhe, também, a competência para criar Direito<sup>28</sup>.

Perguntemos então: será porque insusceptível de conformação que esse mesmo ideal deverá ser reconhecido como inalcançável e utópico? Recusamo-nos a ver as coisas nesse prisma. Por muito abstractas que sejam as realidades aqui em jogo, o desenvolvimento da ciência do Direito tem criado as ferramentas adequadas à concretização daquelas. Pense-se na multiplicidade de respostas que a aplicação do princípio da proporcionalidade assegura<sup>29</sup>.

Pese o facto de admitirmos a aplicação de realidades abstractas à solução de situações concretas, *maxime* pela aplicação de princípios constitucionais, caberá sempre procurar conformar as soluções a uma hierarquia normativa que existe e que deve existir. O recurso a soluções extremadas só deverá ocorrer em situações também elas extremas – designadamente, ao nem se encontrar nem mesmo na Constituição (escrita) uma resposta ideal e conforme a princípios que deveriam preordenar aquele mesmo texto.

---

<sup>27</sup> HANS KELSEN, *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 265.

<sup>28</sup> Recusando uma tarefa meramente declarativa da função jurisdicional, desenvolve KELSEN o entendimento referido *supra*, que “o juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples «descoberta» do Direito ou juris-«dicção» («declaração» do Direito) neste sentido declaratório” – *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 267.

<sup>29</sup> Veja-se também, *supra*, quando nos reportámos ao recurso à interpretação conforme ao texto constitucional.

Doutro passo, como é consabido, o juiz encontra-se limitado tão-somente pela lei – ou melhor, pelo Direito – mas, também, necessariamente influenciado pela sua própria consciência. O que significa que naquela “fiscalização do respeito à lei” e na aplicação desta, inevitavelmente valores subjectivos próprios ao *ser* do julgador cruzar-se-ão com o seu *dever ser*, necessariamente objectivo. Isto mesmo nunca quererá significar qualquer renúncia a um entendimento que reconheça o exercício da actividade jurisdicional como um exercício pautado por critérios objectivos. Pese embora a inevitável “ingerência” da subjectividade – natural à actividade de qualquer Homem –, esta nunca será critério ordenador da actuação do julgador.

A solução que defendemos de um desenvolvimento do Direito superador da Lei que, na nossa perspectiva, deve ser reconhecido no exercício da função jurisdicional, não o legitima a “fazer tábua rasa” do que o legislador democrática e legitimamente eleito pelo Povo decidiu prever e determinar. O protagonismo na criação do Direito positivo no sistema constitucional português tal qual é concebido é atribuído ao Parlamento – e mediante as situações constitucionalmente previstas, também ao Governo. Esta solução não se assume, nem pretende assumir, uma qualquer afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Estamos aqui apenas a defender que o desenvolvimento do Direito superador da lei é não mais que um corolário da sujeição à Lei e ao Direito a que o poder jurisdicional se encontra constitucionalmente vinculado, decorrência imediata de uma vinculação a um ideal supraconstitucional de realização de uma máxima de Justiça e, sem descurar, a uma ideia de interdependência de poderes.

O juiz nunca poderá ir tão longe – longe ao ponto de ultrapassar esse protagonismo na criação do Direito que cabe ao Parlamento: uma metodologia jurídica deste género é sem dúvida alguma uma afronta ao princípio da separação de poderes, na medida em que o juiz deixa de estar vinculado “à lei e ao Direito”, passando a ser o “senhor” que dita as normas e conforma a situação jurídica *sub*



*judice* única e exclusivamente em função dos seus próprios juízos, sempre subjectivos, impossibilitando desde logo um controlo efectivo da sua actuação<sup>30</sup>.

Conforme refere LARENZ, “*É missão dos tribunais decidir de modo «justo» os conflitos trazidos perante si e, se a «aplicação» das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferece garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos «dados materiais» desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal*”<sup>31</sup>.

Daí termos feito a referência a uma ideia de *cascata* normativa, em que no leito encontramos as soluções normativas legais, isto é, as soluções que são positivadas pelo legislador e na fonte encontramos os alicerces da ordem jurídica de cada Estado, os princípios estruturantes do Estado, de cariz supraconstitucional e constitucional<sup>32</sup>.

Fazendo nossas as palavras de KELSEN, “*o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como «justa», que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto aplicação de uma norma geral não positiva é possível afirmar como justa (correcta) a norma individual estabelecida pelo tribunal*”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Como já o dissemos noutro trabalho – RUI COSTA PEREIRA, *Uma “boa” Justiça...*, *op.cit.*, página 24.

<sup>31</sup> LARENZ, *Metodologia...*, *op.cit.*, página 201.

<sup>32</sup> Na lógica que foi defendida por OTTO BACHOFF de que nem sempre o legislador constituinte reconheceu no texto constitucional os valores ordenadores da ordem jurídica, o que não significará que estes não tenham qualquer força normativa – muito pelo contrário.

<sup>33</sup> HANS KELSEN, *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 273. Assumindo claramente a competência para o juiz criar Direito, criticando, como nós, a persistência de os tribunais em não assumirem essa função, do mesmo autor e obra, páginas 277 e seguintes.

## **§2.º Limites e extensão da actividade interpretativa**

### **2.1. O comando constitucional de interpretação conforme**

Conforme resulta da norma constitucional constante do artigo 204.º, “*Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*”, afirmando-se este normativo como um dos limites mais prementes à actividade interpretativa na ordem jurídica portuguesa.

Perante o exercício da função jurisdicional, que aqui caracterizaremos sinteticamente como o poder de *ditar o Direito* no caso concreto, se o Direito à partida aplicável resultar numa solução inconstitucional, estão os juízes estritamente vinculados e obrigados a não aplicarem esse Direito, isto é, a não seguirem a solução inconstitucional. Por conseguinte, nunca cessando também o seu dever de vinculação à lei e ao Direito, devem então os tribunais na *cascata normativa* subir degraus ao encontro da solução conforme à Constituição, a solução que será justa.

Como avançámos *supra*, no exercício da função jurisdicional o juiz está “onerado” em primeiro lugar a aplicar a solução normativa imediata, isto é, aquela que à partida se encontrará no primeiro patamar normativo – a norma legalmente positivada. Chegando à conclusão de que essa mesma solução normativa estritamente subsumida aos factos concretos não lhe oferece a melhor solução, a solução justa, a primeira ferramenta a que lhe caberá recorrer será a interpretação conforme à Constituição.

O aplicador prático do Direito, *maxime* o juiz, deverá partir do pressuposto que o legislador constituinte conseguiu prever e determinar todo um elenco normativo ordenador do sistema jurídico em que se insere com o reconhecimento devido de todos os valores suprapositivos e supraconstitucionais que preexistem à própria realidade constitucional. Este pressuposto assenta na premissa de que as normas constitucionais mais não serão do que uma imagem positivada daquelas mesmas realidades e, por via disso, parâmetros juridicamente aptos à

conformidade das outras soluções normativas que se encontrem em patamares inferiores ao das normas constitucionais.

Dito isto, se na conformação da solução normativa imediata o juiz se deparar com resultados que são apreensivelmente afastados pelas normas constitucionais, é-lhe exigido dirigir aquela conformação normativa no sentido que estas exigem, isto é, aplicar e interpretar o direito em conformidade com Lei Fundamental.

Esta conclusão é facilmente aferida quando tomamos em consideração a aplicação de uma solução normativa singular e ou quando a solução subsequente de interpretação conforme resulte da aplicação também singular de uma qualquer norma constitucional. Todavia, a complexidade da solução a dar ao caso concreto aumentará de tom quando o julgador tiver de considerar a aplicação não de uma solução normativa legal singular, mas sim a conjugação de vários dispositivos legais. O mesmo acontecerá quando, num segundo momento, não for uma norma constitucional que lhe confere a solução para o caso concreto, mas sim a conjugação de vários instrumentos normativos.

Ora nestes casos, se bem que mais difícil a tarefa do julgador, não será ainda assim impossível. Na verdade, em termos práticos, muito raramente a solução concreta será apurada a partir de um único dispositivo legal – de um qualquer artigo num determinado diploma legislativo, ou de um qualquer número inserido nesse mesmo articulado. Via de regra, a solução só será alcançada através da conjugação de uma multiplicidade de realidades. Desta forma, por vezes será desnecessária a ferramenta da interpretação conforme – aqui tomando sempre como pressuposto de que o patamar infraconstitucional é edificado em conformidade com as normas constitucionais – porquanto através de abordagens distintas na conjugação dos dispositivos legais encontrar-se-ão soluções diferenciadas, dentro das quais encontrada a solução idónea.

A transposição de patamares normativos, bem como a transposição de ferramentas aplicativas do direito – numa perspectiva de vários níveis que vão da realidade mais concreta à mais genérica – só deve prosseguir se e quando em cada

um dos mesmos não for encontrada a solução adequada, isto é, o aplicador do direito lançará mão das ferramentas aplicativas e dos elementos normativos subsequentes apenas e quando as realidades imediatas que se lhe apresentam não permitam resultados justos, resultados constitucionalmente conformes.

## **2.2. A Lei Fundamental como parâmetro conformador e como barreira da actividade interpretativa**

Vale então dizer que, seja em que momento da actividade de aplicação normativa para o “ditar do Direito” no caso concreto, se perante o primeiro patamar normativo, se perante os subsequentes, o aplicador do Direito – e sobretudo o julgador – está imediatamente vinculado a “servir-se” da Constituição como parâmetro de conformação da solução concreta à realidade normativa concretamente aplicável. Este entendimento valerá sobretudo para o exercício da função jurisdicional na medida em que, como apontámos, tomamos em consideração a vinculação jurisdicional à lei e ao Direito.

Na verdade, considerando que a validade das normas infraconstitucionais regentes do nosso ordenamento jurídico está dependente da conformidade aos comandos normativos expressos e reconhecidos pela Constituição, toda a aplicação do direito positivado e infraconstitucional que se faça deverá, necessariamente, ser orientada pela mesma Lei Fundamental. Ou seja, na aplicação de determinado regime, de determinado instituto jurídico, ao aplicador do Direito caberá sempre formular a pergunta: será que a aplicação normativa assim feita está em conformidade com a norma constitucional  $x$  – sendo  $x$  a norma à partida directamente relacionada com o caso *sub judice*.

Muitas das vezes, ocorrerá a situação em que apesar da conformidade normativa, tal como proposta anteriormente, ser encontrada, ainda assim, haverá que sopesar não só a norma constitucional  $x$ , mas também a norma constitucional  $y$  – ou mesmo  $z$ . Quando assim é, ao aplicador do Direito caberá a tarefa menos simplista e mais árdua de procurar não só a conformidade entre normas situadas em distintos patamares normativos – plano constitucional e plano infraconstitucional. Deverá procurar, assim também, a conformidade entre normas

situadas dentro do mesmo patamar e com a mesma força vinculativa. E por isso sempre se dirá que a Constituição não se assume tão-só como parâmetro conformador da actividade interpretativa, isto é, como seu fundamento, mas também como seu limite.

Se se pressupõe a validade das normas constitucionais, porquanto conformes às realidades que preexistem à Constituição e a que a esta caberia acolher, porque não pressupor a mesma validade relativamente às normas que sucedam às normas constitucionais? Isto é, se ao que tudo aponta, a validade normativa das normas constitucionais é pressuposta não por uma lógica racional, mas por uma “crença” no sucesso do poder constituinte legítima e democraticamente criado, porque não estender a mesma crença ao legislador não constituinte, que também democraticamente eleito, “terá” alcançado a conformidade normativa que num momento anterior de criação do Direito coube ao legislador constituinte? Se o ordenamento jurídico é concebido numa lógica de cascata normativa em que a validade de uma norma decorre do facto de desenvolver uma norma que lhe é anterior, e que se existente, é porque válida, que sentido faz aferir da conformidade das normas legalmente positivadas com a Lei Fundamental?

Por uma razão lógica e imediata, se se desonerasse o aplicador do Direito da tarefa de alcançar a conformidade normativa entre normas legalmente positivadas e a Lei Fundamental, mais do que pressupor uma perfeição divina do Parlamento, estaríamos paradoxalmente a reconhecer uma força normativa às normas infraconstitucionais superior que às normas constitucionais, na medida em que estar-se-ia a caracterizá-las pela insindicabilidade – característica que nem às normas constitucionais deverá assistir.

Doutro passo, assim será também por uma razão evolutiva do Direito, porquanto o que hoje é válido não o será necessariamente amanhã. Efectivamente, não há quem defenda que a realidade é imutável, sendo que este entendimento não vale tão-somente ao plano do *ser*, mas também do *dever ser* – o que *é* hoje, não *será*, por isso, obrigatoriamente, amanhã, bem como o que *deve ser* hoje, poderá não *dever ser*, forçosamente, amanhã. A realidade fáctica em que nos inserimos

altera-se, nem que seja por um factor temporal, alterando-se também o ordenamento jurídico pelos mesmos factores, e talvez por mais. E porque assim é, são concebidos instrumentos jurídicos acautelando-se a “evolução das coisas”<sup>34</sup>.

Numa perspectiva de direito constitucional, é por esta razão e por outras que existe o mecanismo da revisão constitucional, pois que a imutabilidade nem às normas constitucionais será reconhecida – sendo esta uma demonstração de que as normas constitucionais são elas próprias preexistidas por uma outra realidade a que a estas caberá acolher e, sobretudo, respeitar. E porque revistas as normas constitucionais, terão, necessariamente, de serem revistos os patamares normativos que sucedem aquele, estando assim demonstrada a razão de se onerar o aplicador do Direito com a tarefa de constantemente sindicar a validade das normas que à partida deverá aplicar.

*Quid juris* todavia quando, não havendo uma revisão constitucional, se constate que a realidade envolvente ao ordenamento jurídico reclama solução diversa daquela que à partida resultaria imediatamente da aplicação das normas constitucionais<sup>35</sup>. Aguarda-se uma revisão constitucional? Aguarda-se que o “estado das coisas” regresse ao momento anterior?

Na mesma medida em que se concebe o instrumento da interpretação conforme como instrumento de “aproveitamento” das soluções normativas positivadas, na medida em que se orienta o que *há* para o que *deve haver*, não se, passe a expressão, “perdendo tempo” com a declaração de uma qualquer invalidade que obrigaria, muitas das vezes, ao inalcançar do justo no caso

---

<sup>34</sup> Aquando da análise da relação entre o Direito e a Moral, KELSEN já demonstrava um entendimento idêntico ao ora assumido. Na verdade, “*uma ordem jurídica ou certas das suas normas que, ao tempo que entraram em vigor, poderiam ter correspondido às exigências morais de então, hoje podem ser condenadas como profundamente imorais*” – *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 79.

<sup>35</sup> Veremos *infra*, em Capítulo II - §1.º - 1.1. O modelo norte-americano, se não terá sido por razão análoga a esta que se motivou a alteração na década de 1960 do regime das *exclusionary rules* por parte do Supremo Tribunal Federal do Estados Unidos da América, não alheio à mutabilidade social e do ordenamento jurídico e de que forma foi encontrada uma resposta.

concreto e numa desistência de procura do ideal máximo de justiça – que sempre poderá adjectivar de omissão de pronúncia, constitucionalmente vedada ao exercício da função jurisdicional –, ter-se-á que conceber uma lógica similar neste caso. Reclamando a realidade envolvente à realidade constitucional uma solução distinta daquela que a norma constitucional *x* comanda no imediato, haverá que “aproveitar-se” a norma *y* e a norma *z*, inaplicando a primeira e, por conseguinte, recusando-se a aplicação das normas que nos patamares que sucedem a realidade constitucional estejam em conformidade com a norma *x*.

Porque o ideal máximo de Justiça, tal como o perspectivámos anteriormente, não é imediatamente apreensível, na medida em que não concretizado, não positivado, mas sobretudo porque sempre inalcançável – o que, como vimos, não deverá desonerar ninguém e sobretudo o juiz de o procurar – é que a conformidade normativa com a realidade preexistente à constitucional, entretanto alterada, deverá ser encontrada no plano constitucional, sempre fundamento e sempre limite a qualquer actividade interpretativa, bem como suficientemente maleável.

É neste preciso ponto que, sem prejuízo da concordância já aqui manifestada noutros lugares, estamos em oposição à doutrina positivista de Kelsen, quando este recusa a conformação de normas com base no respectivo conteúdo, negando que da “norma fundamental” se possa extrair o conteúdo da ordem jurídica. Segundo aquele, *“da norma fundamental apenas pode ser derivada a validade e não o conteúdo da ordem jurídica. Toda a ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objectivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. Este é um elemento essencial do positivismo jurídico. Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista”*<sup>36</sup>.

Tal como aquele, defendemos a existência de uma “norma fundamental” cuja respectiva existência é tida como pressuposta. Discordamos contudo que da

---

<sup>36</sup> HANS Kelsen, *Teoria Pura...*, *op.cit.*, página 246.

mesma tão-só se extraia o fundamento de validade das restantes normas que compõem a ordem jurídica, já não o respectivo conteúdo.

De forma alguma admitiremos que a nenhuma norma se possa recusar a sua “validade por causa do seu conteúdo”. A serem assim as coisas, na tarefa dos tribunais de aferição da validade das normas em apreço, restar-lhe-ia tão-só aferir do cumprimento devido do processo legislativo, e não mais que isso, pois que se validamente cumprido, então tudo estaria bem. Implicitamente, este entendimento parece aceitar uma qualquer “perfeição divina e imaculada” do legislador, a qual nós não aceitamos.

Ainda que não se possa determinar e alcançar empiricamente o conteúdo do ideal máximo de Justiça – “a norma fundamental” –, em situações extremas, será possível ao aplicador do direito poder afirmar que a norma  $x$  não está em conformidade com o seu conteúdo, devendo por isso recusar a validade da mesma norma.



## Capítulo II

### As Proibições de Prova no Processo Penal Português

#### §1.º As influências externas ao regime português

##### 1.1. O modelo norte-americano

Neste âmbito, faremos uma análise em certa medida perfunctória – não mais detalhada face às limitações naturais de um estudo que está direccionado para análise do sistema processual nacional – do regime das proibições de prova do sistema processual penal norte-americano e alemão, uma vez que, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, pese o facto de se encontrarem na sua essência de regime em planos diametralmente opostos contribuíram em larga medida para a estruturação do sistema português<sup>37</sup>.

O regime norte-americano das proibições de prova – mais conhecido por regime das *exclusionary rules* – foi um regime em larga medida edificado pelo trabalho jurisprudencial, sobretudo fruto do labor do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Federal<sup>38</sup>. Na Alemanha, como veremos, foram também as decisões dos tribunais superiores que contribuíram para uma confluência de entendimentos quanto ao regime das proibições de prova.

O ponto comum que encontramos no desenvolvimento jurisprudencial deste instituto jurídico próprio do processo penal – o regime das proibições de prova –

---

<sup>37</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *op.cit.*, página 133 a 146.

<sup>38</sup> Tal como afirma MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Como é próprio do sistema da common law, o direito das exclusionary rules é sobretudo produto da resposta dos tribunais aos conflitos concretos segregados pela própria vida.*” – *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 135. Mesmo tendo esta ideia como ponto assente, sempre se dirá que “*as primeiras referências às regras de exclusão de prova revelam a marca do tribunal bifurcado, embora estabelecidas de forma casuística e com flutuações, evidenciadas numa decisão judicial que, em 1784, determina que o testemunho de um participante (cuja valoração dependia, de acordo com as regras então vigente, de corroboração de terceiro), apenas devia ser ouvido depois da restante produção de prova*” – PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 175.

está no facto de face à ausência de uma norma constitucional *unificadora* do regime – uma norma com as especificidades do nosso artigo 32.º, n.º 8, da Constituição – os tribunais conceberam um regime que se ergueu na periferia de determinados direitos individuais, constitucionalmente reconhecidos, sendo procurados pontos de contacto entre todas essas periferias por forma a conceber uma realidade una das proibições de prova<sup>39</sup>. Mas termina aqui a confluência e o paralelismo dos sistemas norte-americano e alemão.

Enquanto no sistema alemão a teleologia do regime das proibições de prova – *Beweisverbote* – se concentra na protecção dos direitos fundamentais do arguido – ou de outros sujeitos processuais, como as testemunhas –, o sistema norte-americano, por seu turno, privilegia uma outra dimensão das *exclusionary rules*: estas foram sobretudo edificadas numa perspectiva de controlo da actividade policial, das chamadas *instâncias formais de controlo*.

É pacífico que o sistema processual penal norte-americano se estrutura ancorado no princípio do acusatório puro: um sistema onde se veda ao juiz um poder inquisitório de recolha ou produção de prova; um sistema onde toda a fase processual de investigação se desenrola com uma intervenção bastante mitigada de um *juiz das liberdades* – estando a sua actuação, nesta sede, demarcada tão-somente à autorização de determinados actos eventualmente atentatórios de direitos fundamentais, v.g., a autorização de buscas ou apreensões; um sistema em que no julgamento, se reserva ao juiz um papel sereno de ajuizamento do que a acusação e defesa lhe apresentam – acusação e defesa que, ao contrário do que se reconhece aos sistemas de matriz continental, mais do que *sujeitos* do processo, são *partes* no processo, pois que ambas têm interesses próprios e distintos a salvaguardar e onde a acusação não se encontra limitada por quaisquer deveres de

---

<sup>39</sup> Como destacou HELENA MORÃO, “a especificidade do sistema processual penal português reside na estipulação de uma norma constitucional, bem como de uma correspondente regra legal que a densifica, ambas com vocação genérica, que especificam exactamente quais os direitos fundamentais cuja violação inquina a prova em processo penal e gera a sua nulidade”. “O Efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, em *RPCC*, Ano 16, n.º 4, Outubro – Dezembro 2006, página 588.

prossecução da legalidade objectiva, nos mesmos moldes em que cá se concebe essa mesma vinculação ao Ministério Público.

É por estas razões que o *Supreme Court* concebeu um sistema de proibições de prova norteado ao controlo da actividade policial / actividade acusatória: para que se possa afirmar em sede de julgamento que há uma efectiva igualdade de armas, essencial ao respeito devido de um acusatório puro, há que garantir que *as armas* que a acusação recebe da investigação policial para usar em sede de julgamento sejam armas devida e legalmente adquiridas, que não sejam armas desleais à contraparte, sob pena de a defesa ficar fortemente “descompensada” no seu exercício.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, orientado pelo ideal do *due process of law*, concebeu as *exclusionary rules*: apercebeu-se dos riscos que comportava uma actividade policial que não estivesse balizada por princípios constitucionais imprescindíveis à salvaguarda directa de um acusatório pleno, e indirecta dos direitos individuais de cada um<sup>40</sup>.

MANUEL DA COSTA ANDRADE conclui, então, que “*as exclusionary rules surgem animadas por uma intencionalidade normativa própria. O que, em primeira linha, cabe prevenir e «reprimir» são as manifestações de ilegalidade da polícia criminal na interacção com o cidadão e as suas garantias constitucionais*”<sup>41</sup>.

Com grande importância para o regime das *exclusionary rules* foram concebidas as excepções (*exceptions to the exclusionary rules*) às mesmas. O peso que a verdade e o alcançar da justiça tiveram e têm para o sistema norte-

---

<sup>40</sup> Isto é, apesar de o sistema ser concebido orientando-se em primeiro lugar para o controlo da actividade policial, invariável e inevitavelmente esse controlo desembocará na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos: por exemplo, ao exigir-se que uma busca domiciliária seja apenas autorizada quando existam fortes razões e fortes garantias de que a mesma será frutífera, mais do evitar abusos por partes dos órgãos policiais, alcança-se a salvaguarda do direito à inviolabilidade do domicílio pessoal.

<sup>41</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 144.

americano conduziram a que não se pudesse, invariavelmente e em todos os casos, vedar-se o conhecimento de determinados factos porque violada determinada proibição de prova. Indicamos de seguida as mais relevantes.

No caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* – 1920 – consagrou-se pela primeira vez a *independent source exception*<sup>42</sup>; no caso *Nardone v. United States* – 1939 – consagrou-se a *doctrine of attenuation*<sup>43</sup>; no caso *Walder v. United States* – 1954 – foi admitida a *impeachment exception*<sup>44</sup>; no caso *Chapman v. California* – 1967 – reconheceu-se a *harmless error exception*<sup>45</sup>; no caso *United States v. Leon* – 1984 – foi consagrada a *good faith exception*<sup>46</sup>;

---

<sup>42</sup> Segundo esta doutrina, quando se demonstre que a prova proibida concretamente utilizada no processo adviria, necessariamente, de uma outra *fonte*, esta válida e perfeitamente admissível, é de se excluir a aplicação da concreta proibição de prova. Esta, tal como a que se exporá na nota seguinte, tem uma aplicabilidade restrita à problemática do efeito-à-distância das proibições de prova.

<sup>43</sup> Quando da prova proibida para a prova daí subsequente se considere que houve um *dissipar da mácula* que *contaminava* a primeira, é de valorar esta prova secundária. Circunstâncias como o tempo que medeia a obtenção da prova proibida e a prova derivada, a gravidade do atentado à proibição de prova, a natureza da prova secundária e as particularidades do caso concreto devem sempre ser concretamente ponderadas pelo tribunal.

<sup>44</sup> Considerando a particularidade do sistema norte-americano – precursor na relevância constitucional dada ao privilégio contra a autoincriminação – no qual, reconhecido que é o direito ao silêncio do arguido, se for detectada uma conduta mentirosa do mesmo, é permitida a utilização de provas proibidas com vista à impugnação da credibilidade do mesmo. Neste caso, após serem declaradas inválidas as provas resultantes de uma busca, tendo o arguido declarado em julgamento que nunca tinha visto o material aí apreendido – estupefacientes – em absoluta contradição com a prova proibida, o tribunal admitiu a utilização desta.

<sup>45</sup> Quando a violação de uma determinada proibição de prova se revelar, a final, absolutamente inócua no atentar dos direitos fundamentais abstractamente salvaguardados por aquela, o tribunal admitiu a valoração dessa prova. Igualmente será de admitir a mesma valoração quando a condenação assente sobretudo em prova não considerada proibida ou ilícita.

<sup>46</sup> Sendo uma excepção às proibições de prova especificamente vocacionada para o âmbito das buscas, determinou-se que em casos em que não existissem *exigent circumstances*, nem o consentimento do buscado, no caso haver um vício procedimental por partes das autoridades, seria de excluir a proibição de prova se se demonstrasse que a actuação das mesmas autoridades tinha ocorrido em *boa-fé*.

finalmente, no caso *Nix v. Williams* – 1984 – reconheceu-se a *inevitable discovery exception*<sup>47</sup>.

Foi sobretudo na década de 1960 que o regime das *exclusionary rules* foi fortemente criticado no meio político, social e académico, constatando-se que haviam sido erguidas barreiras a mais à liberdade de actuação da actividade policial, sendo por isso necessária a criação de mais *desvios* a um sistema demasiadamente inflexível<sup>48</sup>. Por outro lado, foi no caso *Mapp v. Ohio* – 1961 – que o *Supreme Court* determinou a extensão das *exclusionary rules* a todos os Estados da União.

Sistema que surge de um modo despolarizado, isto é, de forma dispersa, em função de determinados interesses específicos, foram consagradas regras probatórias próprias ao nível da sua validade cognitiva. Aí, a ponderação casuística de interesses assumiu um relevo essencial na determinação do se, quando e como da operatividade das *exclusionary rules*. Apontamos algumas decisões mais recentes do *Supreme Court* que nos permitem destacar o cuidado que esse tribunal tem dado às circunstâncias próprias de cada caso e dos interesses que nele se elevam.

No caso *Hudson v. Michigan* (Junho de 2006) – em que estava em causa a apreciação da execução de um mandado de busca pela polícia de Detroit com vista à apreensão de armas e drogas, busca essa realizada alegadamente em violação da

---

<sup>47</sup> Similar à *independent source exception*, esta excepção às proibições de prova e, mais concretamente, ao efeito-à-distância das proibições de prova, preconiza que quando se comprove que a prova derivada da proibida teria sido alcançada com um alto grau de probabilidade de forma inevitável, mas por outra via, é de admitir a utilização desta prova.

<sup>48</sup> Sobre este ponto, esclarece-nos PAULO DÁ MESQUITA: “Na alteração da composição do Supremo Tribunal nos anos setenta do século passado suscitou-se a expectativa do fim das proibições de prova constitucionais, por força da concepção do presidente do tribunal BURGUER, que liderou a crítica da ampliação das proibições de prova, pondo-as em causa como factor de desencorajamento da violação dos direitos fundamentais pela polícia, face à alegada ausência de demonstração empírica da sua eficácia nessa função, ao invés do elevado custo suportado pela sociedade no desaproveitamento pelo tribunal de material informativo relevante (a absolvição de criminosos)” – *A prova do crime...*, op.cit., página 218.

quarta emenda e da regra de “*knock and announce*”, tendo a primeira instância mandado expurgar do processo a prova assim recolhida, absolvendo o arguido, ao contrário da segunda instância que o condenou, recorrendo àquelas provas –, o Supremo decidiu que uma vez que a regra de “*knock and announce*” nada tinha que ver com a apreensão de material probatório, não sendo esse o seu âmbito de protecção, seria uma consequência desnecessária erguer uma qualquer *exclusionary rule* à violação daquela<sup>49</sup>.

Expendendo uma argumentação assente no facto de estudos científicos recentes demonstrarem que o controlo das forças policiais é mais eficaz com métodos internos de disciplina das próprias forças de segurança do que com o recurso a consequências no âmbito do processo judicial – reportando-se directamente à aplicação de *exclusionary rules* – o tribunal realça que não deve haver, em termos gerais, uma relação directa, tipo causa / efeito, entre a violação daquela regra e a aplicação de qualquer proibição de prova. Relembra o tribunal, “*Suppression of evidence, however, has always been our last resort, not our first impulse*”.

No caso *United States v. Patane* (Junho de 2004) – no qual se apreciava se por força da apreensão de uma arma de fogo (e consequente condenação) que foi conseguida na sequência de declarações do arguido sem que tivessem sido “lidos” os seus *Miranda warnings*, porque o mesmo arguido interrompeu essa “leitura”, afirmando-se conhecedor dos seus direitos, se haveria de excluir a referida arma como prova no processo contra ele promovido –, o tribunal, lembrando que os *Miranda warnings* são reconhecidos como protecção do privilégio à não-autoincriminação, sem se comprometer com uma posição que afirme a violação da *Miranda rule*, decidiu que, em qualquer caso, “*the exclusion of unwarned statements is a complete and sufficient remedy for any perceived Miranda violation*”, uma vez mais afirmando não se podem invocar *exclusionary rules* em

---

<sup>49</sup> “*What the knock-and-announce rule has never protected, however, is one’s interest in preventing the government from seeing or taking evidence described in a warrant. Since the interests that were violated in this case have nothing to do with the seizure of the evidence, the exclusionary rule is inapplicable*” – em *Hudson v. Michigan*, (547 U.S. 586), 2006.

desconsideração absoluta à esfera de protecção dos direitos eventualmente violados<sup>50</sup>. Isto é, a violação daquela regra poderá levar à proibição de valoração das declarações do arguido assim prestadas mas, não necessariamente, à proibição de valoração da prova *material* daí recolhida.

Tanto a contínua consagração de emendas constitucionais – que vieram densificar e reconhecer direitos individuais e garantias processuais com assento constitucional – como as sucessivas decisões jurisprudenciais que conceptualizaram e conformaram as *exclusionary rules*, foram qualificadas como contributos para um sistema demasiadamente rígido, sendo, por isso, criados mecanismos que o tornaram mais flexível<sup>51</sup>.

Outro contributo marcante para o desenvolvimento das *exclusionary rules* no direito norte-americano foi a publicação em 1975 das *Federal Rules of Evidence*, tendo sido procurada a unificação de diversos aspectos do regime probatório. Estas “constituem um sistema normativo com assumidas preocupações funcionais de descoberta da verdade, revelada em várias fases do processo legislativo, em particular na controvérsia e rejeição parlamentar do inovador capítulo sobre as prerrogativas probatórias”<sup>52</sup>.

## 1.2. O modelo alemão

Como já foi por nós antecipado, diferentemente do que sucedeu relativamente ao regime das proibições de prova do sistema processual penal norte-americano, os tribunais superiores da ordem jurídica germânica conceberam as *Beweisverbote* assentes numa teleologia primária de protecção dos direitos

---

<sup>50</sup> Em suma, “*The Miranda rule is not a code of police conduct, and police do not violate the Constitution (or even the Miranda rule, for that matter) by mere failures to warn. For this reason, the exclusionary rule articulated in cases such as Wong Sun does not apply*” – em *United States v. Patane*, (542 U.S. 630) 2004. Com esta posição, o tribunal clarifica que qualquer efeito-à-distância de uma determinada proibição de prova não terá nunca uma aplicação automática à prova derivada.

<sup>51</sup> Vejam-se as *exceptions to the exclusionary rules* referenciadas anteriormente.

<sup>52</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 207.

individuais constitucionalmente reconhecidos dos cidadãos. Razão pela qual a doutrina germânica qualificou as normas relativas às proibições de produção e de valoração de prova, como normas de direito substantivo, apesar de inseridas em codificações de direito adjectivo<sup>53</sup>.

No momento em que o legislador constituinte alemão tomou a opção de não prever e estatuir uma norma que, em certa medida, seria o equivalente do nosso artigo 32.º, n.º 8, da CRP, o labor jurisprudencial e doutrinário inclinou-se para a concepção de um regime que devesse ser o resultado da aplicação prática do reconhecimento que a Constituição atribuiu a determinados direitos individuais: a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a privacidade, entre outros<sup>54</sup>.

Considerou-se que o reconhecimento constitucional de determinados direitos ou garantias individuais era um mecanismo suficiente ao respeito devido daqueles aquando da efectivação das atribuições do Estado no seio do Processo Penal em geral e da recolha de acervo probatório em particular. A força normativa que é reconhecida às prescrições constitucionais, com especial enfoque à força normativa de direitos fundamentais, torna desnecessária a conceptualização de realidades que, no fim, se demonstram redundantes e que mais nada dizem quanto à força que os direitos fundamentais assumem. Por conseguinte, foi possibilitado ao legislador infraconstitucional alemão ao legislar sobre as regras do Processo Penal que abordam a temática das proibições de prova, moldá-las com uma autonomia de densificação normativa substancialmente superior àquela que se verificou por exemplo em Portugal, com o art. 126.º, do CPP.

---

<sup>53</sup> Contrapondo o sistema alemão ao sistema norte-americano, MANUEL DA COSTA ANDRADE afirma que “*na experiência histórico-cultural e jurídica germânica*” o regime das proibições de prova caracteriza-se pelo “*primado da vertente substantiva. Aqui é só de forma reflexa e complementar que a tutela processual intervém e acaba por ganhar autonomia*”. *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 136.

<sup>54</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 137.



O sistema processual penal alemão ainda que também assente no princípio do processo penal acusatório – tal como o sistema norte-americano –, é um sistema ainda assim integrado pelo princípio da investigação – tal como o nosso.

O juiz não assume aqui um papel semelhante àquele que referimos na análise do sistema norte-americano, um papel que em certa medida se poderá adjectivar de passivo, chamando a si, quando útil para a descoberta da verdade a que se encontra vinculado, poderes de investigação autónomos aos dos demais sujeitos processuais.

Por outro lado, diferentemente do que sucede relativamente à acusação no processo penal norte-americano, o Ministério Público encontra-se vinculado a rigorosos princípios de legalidade e objectividade no modo como investiga e acusa, não sendo, por isso, uma verdadeira “parte” no processo, movendo-se no alcance da garantia do estrito cumprimento da legalidade democrática.

Por via desta autonomia que caracteriza a actuação inquisitória do juiz e do Ministério Público, foi possível estruturar um regime de proibições de prova que orientado à protecção de direitos fundamentais individuais constitucionalmente protegidos não descarta a protecção de interesses colectivos e supra-individuais, como a segurança comunitária ou a tutela punitiva do Estado, sendo aqui sobremaneira relevante a compreensão e o reconhecimento da importância do dever funcional de efectivação de uma justiça ideal.

As proibições de prova “*do direito alemão mais não representarão do que «meios processuais de imposição da tutela do direito material»*” e, além disso, “*«Consequentemente no direito alemão a limitação da actividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova»*”<sup>55</sup>. No sistema norte-americano, o sentido do presente raciocínio é precisamente o inverso.

---

<sup>55</sup> HERRMANN citado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 140.

Face à inexistência de um regime rígido de proibições de prova na ordem jurídica alemã, os seus tribunais superiores foram pioneiros na densificação de mecanismos jurídicos que não se comprometessem com uma de duas soluções viáveis em sede de regras de proibição de produção ou de valoração prova: de um lado a valia de tudo, independentemente de uma génese “manchada” pela violação de determinados direitos individuais e, noutra hipótese, o afastamento do processo de todos os elementos probatórios desde que viciados pela ínfima irregularidade processual.

Ademais, reconheceu-se que a formação de regras gerais e independentes de uma análise inevitavelmente casuística, apesar de *adequado* e *suficiente*, não seria o modo *necessário* à salvaguarda dos direitos fundamentais no seio do processo de recolha, produção e valoração da prova<sup>56</sup>.

Estandarte dessa constatação é a teoria da *ponderação de interesses*, fruto do labor do Tribunal Constitucional Federal alemão, como um desenvolvimento da aplicação prática do princípio da proporcionalidade. Assim, “*em sede de prova em processo penal estará legitimado*” o sacrifício do direito protegido pelas *Beweisverbote*, “*sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade*”<sup>57</sup>.

MANUEL DA COSTA ANDRADE aponta a necessidade que os tribunais alemães há muito reconheceram de relevar a importância da realização da justiça penal e o interesse punitivo do Estado, no confronto com a protecção dos direitos fundamentais do arguido: “*Por um lado, deve-se sobretudo ao Tribunal Constitucional a tese de que a realização da justiça penal representa um valor*

---

<sup>56</sup> Sobre as várias teorias apontadas na doutrina e na jurisprudência germânicas relativamente à admissibilidade valorativa das probas proibidas, veja-se, desenvolvidamente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, páginas 91 e seguintes. E ainda MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, páginas 310 e seguintes.

<sup>57</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 95.

*nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais*”<sup>58</sup>.

A doutrina e jurisprudência alemãs têm então avançado desde há muito uma multiplicidade de teses com vista à compreensão e operatividade do regime das proibições de prova – como seja a *teoria da esfera jurídica*, a *teoria da gravidade*, a *teoria das três esferas* ou, e com mais destaque da nossa parte, a *teoria da ponderação de interesses*<sup>59</sup>.

As respostas dadas pela dogmática alemã à problemática das proibições de prova têm servido de suporte em múltiplas vertentes da aplicação do Direito Processual Penal em diversos sistemas processuais penais nacionais. Ao lado deles, também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Vejamos em que termos.

### **1.3. A Jurisprudência do TEDH**

Erguido pelo Conselho da Europa visando a protecção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, este Tribunal tem sido perspectivado como uma última “instância de recurso” para os cidadãos dos Estados-membros daquele – embora seja importante ter-se em atenção de que este Tribunal não é um órgão fiscalizador do cumprimento de normas nacionais mas, tão-somente, das normas ínsitas na Convenção referida *supra*.

Pese embora a sua competência limitada nos termos já expostos, o TEDH alcançou um reconhecimento que não se poderá adjectivar de limitado. A jurisprudência deste Tribunal em muito tem contribuído para uma conformação dos vários “Direitos” nacionais, sendo isso facilmente atestado quando nos apercebemos que – e aqui atemo-nos à realidade portuguesa – os tribunais

---

<sup>58</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 30.

<sup>59</sup> Para um estudo aprofundado sobre cada uma, destacamos a obra já citada de MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, páginas 310 e seguintes. Sobre a *teoria da ponderação de interesses*, da mesma autora e obra, página 315 e seguintes.

superiores cada vez mais recorrem à jurisprudência do TEDH em sede de fundamentação das respectivas decisões.

Vejamos então alguns desses contributos destacando acórdãos que julgamos relevantes para o que ora nos interessa – a matéria das proibições de prova –, debruçando-nos mais detalhadamente sobre um dos casos (caso *Gäfgen*) mais paradigmáticos nesta matéria.

No caso *Unterpertinger v. Áustria* (24 de Novembro de 1986) estava em causa a valoração, para efeitos de condenação, de dois depoimentos produzidos em sede de inquérito e que, no entanto, não foram nem repetidos nem confirmados em sede de julgamento. Neste caso, o TEDH condenou o Estado Austríaco não por ter ocorrido aquela valoração, mas porque a mesma foi exclusiva e determinantemente usada em prejuízo da demais prova constante dos Autos.

No essencial desta decisão, para o que ora nos interessa, o TEDH renuncia a uma ideia abstracta de proibição de prova, revelando a necessidade de ponderação entre a “eventual” proibição de valoração e a salvaguarda do *processo equitativo* – este associado a uma ideia de *fair trial*. Desde que assegurado este último, é admitida a valoração de prova que, para outros, abstractamente, haveria de se configurar de valoração proibida<sup>60</sup>.

No caso *Magee v. Reino Unido* (6 de Setembro de 2000) onde se apreciou a susceptibilidade de valoração em sede de julgamento de declarações prestadas pelo arguido aquando da sua detenção – tendo este alegado ter sido vítima de agressões pelas autoridades de investigação – o TEDH centrou a apreciação das questões suscitadas pelo arguido no facto de este ter sido detido num ambiente hostil e idóneo a provocar a sua autoincriminação, sem qualquer assistência de advogado.

---

<sup>60</sup> Neste sentido, PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 424.

O TEDH enfatiza o seu entendimento de que o artigo 6.º da CEDH, embora se refira a uma ideia de *fair trial* (=juízo), o princípio daí emergente implica uma amplitude extensiva às fases anteriores ao julgamento, sem prejuízo de se admitirem, mais facilmente, restrições a esse princípio naquelas.

Todavia, na óptica do Tribunal, negar-se o acesso à assistência do defensor durante um longo período de tempo, numa situação em que os direitos de defesa carecem de uma salvaguarda superior, é incompatível com os princípios decorrentes do artigo 6.º da CEDH. O TEDH não nega nem contesta que os tribunais britânicos se tenham debruçado sobre os alegados maus tratos infligidos sobre o arguido e que lhes tenham dado o devido tratamento. O que não aceita é que os mesmos tribunais tenham alicerçado as suas condenações nas declarações incriminatórias do mesmo arguido, havidas após mais de quarenta e oito horas de detenção sem qualquer apoio de advogado, relevando aí as exigências do *fair trial* nas fases anteriores ao julgamento<sup>61</sup>.

No caso *Nechiporuk e Yonkalo v. Ucrânia* (21 de Julho de 2011), em termos similares ao caso anteriormente analisado, o TEDH enalteceu a exigência do princípio de *fair trial* decorrente do artigo 6.º da CEDH, incumbindo aos Estados-membros e respectivos tribunais assegurá-lo em todas as fases do processo penal.

Assim, na relação dessa exigência com o artigo 3.º, da CEDH (proibição de tortura), os tribunais nacionais devem demonstrar, com base em provas substanciais, que, havendo qualquer alegação de maus tratos, as mesmas não ocorreram, sob pena de se poder inquinar todo o processo, por violação dessa proibição e, consequencialmente, por não se considerar garantido o *fair trial*.

Por outro lado, o recorrente suscitou também o facto de a sua detenção não ter sido suportada por qualquer prova ou documento substancialmente relevantes nesse sentido. Neste segmento, o TEDH enfatizou as implicações dos artigos 5.º e

---

<sup>61</sup> Adiante veremos a posição do TEDH sobre a relevância de a prova proibida se assumir como *critério decisivo* da condenação e que, por isso, a torna insusceptível de utilização pelo tribunal.

6.º da CEDH, no conceito de *reasonable suspicion*, corolário dos direitos de defesa do arguido.

O TEDH recorda também que para a aferição do respeito, ou não, das garantias decorrentes dos artigos 3.º a 6.ª da CEDH, serão as circunstâncias do caso concreto que ditarão essa conformidade, e não quaisquer considerações abstractas que se possam fazer relativamente a cada uma das garantias decorrentes daqueles preceitos normativos<sup>62</sup>.

Uma vez mais, recordando que a exigência de assistência por defensor nas fases anteriores ao julgamento decorrente do artigo 6.º da CEDH não se poder considerar incondicional, é, contudo, imprescindível, quando as circunstâncias do caso a reclamem.

Assim, como enfatizou PAULO DÁ MESQUITA, “*a assistência de defensor, desde o início do processo, apresenta-se como factor fundamental dos direitos políticos e da legitimidade de utilização probatórias das declarações processuais contra o próprio. Sublinhe-se que o Tribunal de Estrasburgo, embora continue a subsistir na perspectiva de que o direito de assistência de defensor nos interrogatórios policiais não é irrestrito por via do art. 6.º, n.º 3, al. c), da Convenção, tende a uma imposição progressivamente mais prescritiva, e mesmo*

---

<sup>62</sup> Recordando a jurisprudência *Gafën*, o TEDH parece excepcionar de quaisquer ponderações casuísticas determinado meio de prova, quando o mesmo decorrer, directamente, da violação da proibição de tortura decorrente do artigo 3.º da CEDH. Na verdade, “*although the admissibility of evidence is, as a matter of principle, a prerogative of domestic courts, with the role of this court being limited to assessing the overall fairness of the proceedings, particular considerations apply to evidence recovered by a measure found to violate article 3 of the convention. Thus, according to the court's case-law, admission of statements obtained as a result of torture as evidence to establish the relevant facts in criminal proceedings renders the proceedings as a whole unfair irrespective of their probative value and of whether their use was decisive in securing the defendant's conviction*”. Cfr., *Nechiporuk e Yonkalo v. Ucrânia*, § 259, 21/07/2011.

*no quadro da apreciação global da equidade do procedimento revela-se menos complacente com a circunstância de a prova nesta matéria não ser decisiva*<sup>63</sup>.

O caso *Salduz v. Turquia* (27 de Novembro de 2008) é assertivo neste sentido de considerar a assistência de defensor como essencial para a sustentabilidade das declarações do arguido, prestadas na fase inicial do processo, como meio de prova *não proibido* em julgamento<sup>64</sup>.

A valia dos meios de prova recolhidos antes do julgamento irá depender, sobremaneira do modo como operou a actividade investigatória nessa fase anterior. E no que concerne à relação das declarações do arguido como meio de prova, o TEDH atesta que a assistência de defensor “*is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination*”<sup>65</sup>.

Passemos então para a análise do caso *Gäfgen*, na medida em que se assume como o mais relevante para o presente estudo, abordando directamente a temática das proibições de prova, a importância de um eventual efeito-à-distância das mesmas e a ponderação casuística de interesses, sempre relevante na perspectiva do TEDH.

No caso *Gäfgen v. Alemanha* (1 de Junho de 2010)<sup>66</sup> o TEDH abordou uma vez mais a incidência do artigo 3.º, da CEDH (proibição de tortura), na aplicação

---

<sup>63</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *Prova do crime...*, *op.cit.*, página 432.

<sup>64</sup> Evidenciando a relação do direito à assistência de defensor com o princípio de *fair trial*, o TEDH recorda que “*the right set out in paragraph 3 (c) of Article 6 of the Convention is one element, amongst others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in paragraph 1*”. Cfr., *Salduz v. Turquia*, § 50, 27/11/2008.

<sup>65</sup> *Salduz v. Turquia*, § 54, 27/11/2008

<sup>66</sup> Dada a relevância que apontámos ao presente caso, optámos aqui por fazer uma síntese factual do mesmo: a 27 de Setembro de 2002 em Frankfurt am Main, o filho mais novo de uma família de banqueiros da mesma cidade foi raptado por Gäfgen. No mesmo dia, Gäfgen deixou um pedido de resgate na casa dos pais do jovem, afirmando o rapto deste e exigindo em troca da sua libertação

conjunta com o artigo 6.º da mesma Convenção. Daí, partiu para análise da

---

um milhão de Euros. Na madrugada do dia 30 Gäfgen levantou o resgate, que havia sido deixado numa estação de Frankfurt – desde esse momento Gäfgen ficou sob vigilância constante da polícia de Frankfurt. De seguida, Gäfgen depositou parte do resgate nas suas contas bancárias, escondendo o restante no seu apartamento. Na tarde do dia 30 Gäfgen foi detido pela polícia de Frankfurt no aeroporto local quando se preparava para deixar o país. Chegado à esquadra, Gäfgen foi informado que era considerado o suspeito principal do sequestro do jovem de onze anos, tendo sido também informado dos seus direitos enquanto arguido, nomeadamente do direito ao silêncio e de ser assistido por advogado. Iniciou-se então o primeiro interrogatório policial a Gäfgen com vista a alcançar informações relativamente ao paradeiro do jovem desaparecido. Entretanto, no âmbito de uma busca devida e legalmente realizada ao apartamento de Gäfgen, a polícia encontrou metade do dinheiro do resgate e alguns apontamentos relativos ao planeamento do rapto. Já no âmbito do interrogatório que se desenrolava, Gäfgen declarou que o jovem se encontrava à guarda de outro raptor. Depois de ter consultado um advogado, já durante a noite do dia 30, Gäfgen insistiu que outras pessoas haviam sequestrado o jovem e que este estaria escondido perto de um lago. Na manhã seguinte, 1 de Outubro, Daschner, um dos chefes de departamento da polícia de Frankfurt, ordenou a um dos seus agentes que ameaçasse Gäfgen de dores físicas consideráveis para que este revelasse o paradeiro do jovem e, se necessário, que as materializassem – estas “medidas” já haviam sido objecto de oposição da parte dos superiores hierárquicos de Daschner. Seguindo as ordens deste, um agente da polícia ameaçou Gäfgen em conformidade, alertando-o que estaria a caminho da esquadra uma pessoa “especialmente qualificada” para o efeito. O mesmo agente por várias vezes agrediu Gäfgen no peito tendo numa das mesmas levado a que este batesse com a cabeça contra a parede. Em consequência do exposto, passados dez minutos do início do interrogatório da manhã do dia 1, Gäfgen revelou o paradeiro do jovem. Juntamente com Gäfgen, a polícia seguiu então para Birstein. A polícia deparou-se com o cadáver do jovem desaparecido escondido em arbustos junto a um lago, no exacto local para onde Gäfgen havia apontado. A análise forense do local do crime revelou terem sido encontradas marcas dos pneus do carro de Gäfgen junto ao lago. No caminho de regresso à esquadra em Frankfurt, quando questionado pelo agente que o havia interrogado pela primeira vez – diferente daquele que alegadamente o agrediu – Gäfgen confessou o rapto do jovem e a responsabilidade pela sua morte. A autópsia realizada no dia seguinte revelou que o jovem foi sufocado até à morte. Numa observação registada nos arquivos da polícia de Frankfurt, datada de 1 de Outubro de 2002 (o dia em que Gäfgen foi sujeito a ameaças de tortura), Daschner declarou que na manhã desse mesmo dia temia que a vida do jovem estivesse em grande perigo, admitindo até que já pudesse ter morrido, considerando as temperaturas naquela altura. No mesmo registo, Daschner confirmara que o “tratamento” seria supervisionado por um médico, bem como ter ordenado a outro agente que obtivesse um “soro da verdade”. Daschner admitiu que as ameaças a Gäfgen visaram exclusivamente salvar a vida da criança, ao invés de prosseguirem qualquer tipo de inquérito relacionado com o rapto. Assim que Gäfgen revelou o paradeiro do jovem, mais nenhum “tratamento” foi usado sobre o mesmo.



eventual implicação da recusa de determinados meios de prova derivados de outra prova proibida, porque em atentado à proibição de prova decorrente da violação do artigo 3.º da Convenção<sup>67</sup>.

No essencial, o Governo alemão contestava que tivesse havido qualquer forma de tortura sob Gäfgen, considerando que teria havido, “tão-só”, uma “mera” ameaça de tortura. O TEDH refutou em absoluto esse argumento, porquanto o que interessa para a qualificação de determinados factos como susceptíveis de se enquadrarem no âmbito da previsão do artigo 3.º, da CEDH, será, por exemplo, a intensidade do sofrimento causado, físico ou psicológico<sup>68</sup>.

No que diz respeito à violação do artigo 6.º, da CEDH, em momento anterior ao julgamento pelo tribunal pleno do TEDH, a 5.ª Secção do tribunal já

---

<sup>67</sup> Ao nível dos tribunais nacionais alemães, sem prejuízo de se admitir que tenha havido uma violação da proibição de prova decorrente do artigo 136a, § 1, do StPO, implicando, por isso, a impossibilidade de utilização das declarações prestadas por Gäfgen como meio de prova no processo, não descuraram também o relevo que a ponderação de interesses reclama na análise de determinados casos. O TEDH realça isso mesmo, citando parte da primeira decisão judicial do caso: “... *there is no long-range effect of the breach of Article 136a of the Code of Criminal Procedure meaning that the items of evidence which have become known as a result of the statement may likewise not be used [as evidence]. The Chamber agrees in this respect with the conciliatory view (Mittelmeinung) taken by scholars and in court rulings ... according to which a balancing [of interests] in the particular circumstances of the case had to be carried out, taking into account, in particular, whether there had been a flagrant violation of the legal order, notably of provisions on fundamental rights, and according to which the seriousness of the offence investigated also had to be considered. Balancing the severity of the interference with the defendant's fundamental rights – in the present case the threat of physical violence – and the seriousness of the offence he was charged with and which had to be investigated – the completed murder of a child – makes the exclusion of evidence which has become known as a result of the defendant's statement – in particular the discovery of the dead child and the results of the autopsy – appear disproportionate*”. Cfr., *Gäfgen v. Alemanha*, § 31, 01/06/2010.

<sup>68</sup> Cfr., *Gäfgen v. Alemanha*, § 108, 01/06/2010. Todavia, “*the Court considers that the method of interrogation to which he was subjected in the circumstances of this case was sufficiently serious to amount to inhuman treatment prohibited by Article 3, but that it did not reach the level of cruelty required to attain the threshold of torture*”.

havia julgado não ter havido uma violação daquela norma. O tribunal pleno confirmou-a, numa decisão não unânime (onze contra seis juízes).

Sem prejuízo de se considerar que o uso de provas em violação do artigo 3.º da Convenção torna todo o processo *unfair* (em oposição do princípio de *fair trial*), o TEDH considerou “*in the particular circumstances of the case, it had been the applicant's new confession at the trial which had been the essential basis for his conviction. Other items of evidence, including the impugned real evidence, had been of an accessory nature only and had been relied upon merely to prove the veracity of that confession*”<sup>69</sup>. Não tendo sido as declarações prestadas sobre tortura o *critério decisivo* para a condenação de Gäfgen, o TEDH julgou não haver uma violação do artigo 6.º, da CEDH.

Para efeitos de averiguação da violação de determinada proibição de valoração de prova, o TEDH repetiu o entendimento que vem defendido sobre o princípio de *fair trial*.

Perspectivando o processo como um todo, o TEDH condiciona a adjectivação do processo como *fair* ao respeito das exigências decorrentes dos direitos de defesa do arguido; da possibilidade assegurada a este de se pronunciar sobre a validade jurídica desses meios de prova; na dependência das circunstâncias do caso concreto, quer no modo como a prova foi “recolhida”, quer na importância desta para efeitos de decisão final, quer na consideração da gravidade do crime de que é o arguido acusado<sup>70</sup>.

Relevando a aplicação de princípios análogos a teorias como a dos *métodos lícitos alternativos* da investigação, da *ponderação de interesses* entre os diversos bens jurídicos em colisão no caso concreto, da protecção dos *direitos de defesa do arguido*, da *protecção das vítimas* dos crimes, bem como do valor não absoluto dos direitos decorrentes do artigo 6.º, da CEDH, o TEDH recusou no caso *Gäfgen v. Alemanha* uma ideia de automaticidade do efeito-à-distância das proibições de

---

<sup>69</sup> Cfr., *Gäfgen v. Alemanha*, § 147, 01/06/2010

<sup>70</sup> Neste sentido, cfr., *Gäfgen v. Alemanha*, § 164 e seguintes, 01/06/2010.

prova. Conjugadamente aos valores ora aduzidos, o TEDH considera essencial à qualificação do *fair trial*, nesta matéria, o facto da prova proibida não se assumir como *critério decisivo* na condenação do arguido<sup>71</sup>.

Sobre a relevância deste último critério, PAULO DÁ MESQUITA refere que “a admissibilidade das provas com mácula deve ser, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu, sujeita a um escrutínio sobre a sua importância na condenação”<sup>72</sup>.

Da análise da jurisprudência ora elencada, com especial relevo para a decisão do caso *Gäfgen v. Alemanha*, no âmbito do tema das proibições de prova, tomando em consideração o artigo 6.º, da CEDH, ressalta a importância que o TEDH confere ao princípio do *fair trial*. Na verdade, é da aplicação e afirmação da consequente salvaguarda deste que se poderá extrair qualquer relevância jurídica a provas eventualmente proibidas. Para o TEDH, a não absolutização dos direitos decorrentes da norma suprarreferida, não descarta, por isso, a importância de que o processo penal tenha de ser *fair* (=justo).

Por outro lado, o TEDH recusa também retirar quaisquer conclusões abstractas do tratamento dogmático que possa ser dado a determinados conceitos jurídicos. Para o tribunal, serão as circunstâncias do caso que ditarão a conformidade do processo com os princípios e normas ínsitas na Convenção. E neste momento, face à necessidade de acautelar as circunstâncias, nenhum critério deve sobrepor-se aos demais na análise de todo esse circunstancialismo – sem prejuízo da sempre necessária afirmação do *fair trial*.

Por último, para o que nos mais interessa, destacamos a posição que o TEDH assume na recusa de um efeito-à-distância das proibições de prova automático. Como vimos na análise em *Gäfgen v. Alemanha*, nem o facto de ter havido uma violação do artigo 3.º, da CEDH (proibição de tortura), desonerou o mesmo tribunal de tomar em consideração uma multiplicidade de factores

---

<sup>71</sup> Cfr., *Gäfgen v. Alemanha*, § 179 e seguintes, 01/06/2010.

<sup>72</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 444.

relevantes para a determinação da valia da prova derivada ou subsequente da prova proibida. Numa fase mais adiantada do presente estudo debruçar-nos-emos com maior detalhe sobre este ponto.

## **§2.º Proibições de Prova no Sistema Processual Penal Português**

### **2.1. Imposições constitucionais**

#### **2.1.1. A protecção de direitos, liberdades e garantias**

Como todo o excursus que fizemos sobre o regime *exclusionary rules* no Direito norte-americano, bem como das *Beweisverbote* do Direito alemão, deixaram antever, directa ou indirectamente, o Estado ao consagrar um regime de proibições de prova e, por isso, ao consignar que determinadas realidades factuais não podem ter qualquer tipo de relevância jurídica probatória no seio do Processo Penal – ou, pelo menos, tão-somente uma relevância mitigada – visa, sobretudo, a protecção dos mais elementares direitos fundamentais do ser humano<sup>73</sup>, *maxime* da protecção dos direitos, liberdades e garantias<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Neste sentido, designadamente, MARQUES FERREIRA, “Meios de Prova”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, páginas 221 e 222.

<sup>74</sup> E transposta esta ideia de protecção dos direitos, liberdades e garantias como marca do sistema processual penal português para o âmbito concreto das regras de proibição de prova, estamos com PAULO DÁ MESQUITA quando refere que “*a dimensão política da rotura da democracia com o esquema de provas do crime no Estado Novo teve como principal expressão constitucional as garantias políticas do processo criminal e o seu corolário as proibições de prova. Expressão tardia de um movimento que marcou os países democráticos da Europa continental após a Segunda Guerra Mundial, e sobre os traumas da experiência totalitária, a sensibilidade de valores como a dignidade humana e a privacidade, impulsionaram a maioria das jurisdições continentais a aceitarem a ideia de que o material probatório deve ser rejeitado quando obtido em violação de determinados direitos humanos*” – *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 157, Nota 329. Esta última ideia avançada pelo Autor vai ao encontro da nossa “preocupação” introdutoriamente avançada relativamente aos “traumas do passado”. Sem prejuízo de compreendermos e tomarmos como a solução mais correcta na transição do Estado Novo para o actual modelo de Estado, pensamos que a concepção do regime das proibições de prova poderá, neste momento, reclamar uma alteração estrutural, agora que pacificados os receios próprios de um Estado acabado de sair

Como tentaremos demonstrar ao longo do presente estudo, em sede de regime de proibições de prova (de *produção de prova* e de *valoração de prova*), a marca distintiva do direito substantivo e do direito adjectivo, ou a característica diferenciação entre um direito substantivo de preocupações *materialistas* e um direito adjectivo centrado no *formalismo*, não terá tanta razão de ser como noutros institutos. Concretizando: ainda que o instituto das proibições de prova esteja inserido no âmbito do Direito Processual Penal, a *ratio* normativa do regime pauta-se pela protecção de Direitos Fundamentais e não tanto por uma qualquer forma de disciplina processual marcadamente formalista<sup>75</sup>.

Realidade facilmente comprovada pela análise das disposições legais – constitucionais ou infraconstitucionais – mais relevantes neste âmbito: sem procurar esgotar, destacam-se a título enunciativo o artigo 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa e o artigo 126.º, do Código de Processo de Penal<sup>76</sup>.

É notória a preocupação do legislador português em edificar um regime de proibições de prova no qual a protecção dos direitos, liberdades e garantias

---

do Autoritarismo. Relativamente à evolução doutrinária na compreensão do regime das proibições de prova, diz-nos MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS que “*Hoje, as proibições de prova são comumente vistas, não já primacialmente como uma via para alcançar ou, pelo contrário, para impedir a descoberta da verdade ou, sequer para disciplinar a actuação dos órgãos de investigação, sentidos em que, numa fase inicial, evoluíram as correntes doutrinárias incidentes sobre este instituto, mas essencialmente enquanto meio de defesa dos direitos, liberdades e garantias*”, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 292.

<sup>75</sup> Donde releva sobremaneira a distinção que, como veremos, por vezes tem sido ignorada pela jurisprudência dos tribunais nacionais entre *regras de produção de prova* e *regras de proibição de prova*. São conceitos distintos que, no entanto, considerando que as vicissitudes que ocorrem no cumprimento dessas mesmas regras poderão, na maioria das vezes, redundar numa regra de *proibição de valoração de prova*. Doutro passo, tem ocorrido com uma regularidade que não é de todo desejável os tribunais entenderem aqueles conceitos como sinónimos, o que não é correcto. Nem todas as violações das regras de produção de prova redundarão numa proibição de valoração de prova – o mesmo se diga relativamente à violação das regras de proibição de prova.

<sup>76</sup> Relativamente às normas de Direito Internacional, destacam-se aqui os artigos 3.º a 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

assume uma relevância preponderante, bem como prioritária, no que diz respeito à necessidade de disciplina das já mencionadas *instâncias formais de controlo*<sup>77</sup>. Isto é, da análise global ao sistema processual português, na conjugação entre normas infraconstitucionais e a chamada *Constituição Processual Penal* (artigo 32.º do texto constitucional), resulta que o Estado não julgou suficiente para a protecção de determinados direitos fundamentais do arguido que esses mesmos direitos tivessem já a sua previsão e reconhecimento em âmbitos autónomos do sistema processual penal.

Qualquer operação legislativa que vise a protecção de direitos, liberdades e garantias é da nossa parte uma operação que se deve salutar. Todavia, mais à frente, veremos se e quando essa operação se tornar desnecessária – porquanto outros institutos já consagrados ao nível das normas constitucionais e infraconstitucionais alcançarem essa finalidade de protecção de direitos fundamentais – quais as vicissitudes que daí poderão advir.

Neste ponto, PAULO DÁ MESQUITA denotou também, em certa medida, as fragilidades que podem resultar de um sistema “excessivamente” orientado num só rumo (interesse) em desconsideração de outros. Na verdade, “*a alternativa metodológica ao ponto de partida de tensão entre valores relativos à verdade e a outros interesses é determinar uma pré-compreensão de que todas as opções de política extraprocessual legítimas são vias que não colidem com a verdade material, aparentemente mais amiga dos direitos individuais revela-se, paradoxalmente, mais frágil na medida em que se sustenta num equívoco. Um dogma demasiado próximo do pensamento não crítico já que os imperativos sustentados em falácias são o castelo mais frágil mesmo para a protecção das boas causas*”<sup>78</sup>.

São princípios como os da protecção da dignidade da pessoa humana ou a presunção de inocência – e o direito individual que lhe corresponde – que serviram de “trave-mestra” para o legislador nacional, em sede de proibições de

---

<sup>77</sup> Veja-se *supra*, Cap. II - §1.º - 1.1. O modelo norte-americano.

<sup>78</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 265.

prova, moldando o sistema como um sistema de “defesa” e não de “ataque”, um sistema edificado na lógica da protecção dos cidadãos contra as intromissões do Estado na sua esfera pessoal ao invés de se centrar, exclusivamente, em interesses constitucionais tão relevantes como a tutela punitiva do Estado.

Nesta sede, é sem dúvida imprescindível tomar em consideração o artigo 18.º da CRP, uma vez que as noções de *restrição e intervenção restritiva* (ou ingerência) *em direitos, liberdades e garantias* irão ser evocadas um sem número de vezes ao longo do presente estudo.

Dito isto, entende-se o conceito de restrição de direitos, liberdades e garantias, como “*uma operação de carácter ablativo, que incide sobre o conteúdo do direito e se consubstancia numa diminuição tendencialmente duradoura da sua extensão, do seu alcance e das faculdades em que se desdobra, sendo justificada por fundamentos de ordem geral*”<sup>79</sup>. Destacamos esta definição do conceito invocado, pelo enfoque na *durabilidade tendencial* do carácter ablativo da operação restritiva.

O acto de um juiz, que valore uma prova proibida, não deverá ser entendido como uma restrição de direitos, liberdades e garantias, uma vez que, à partida, essa característica de durabilidade tendencial da operação “limitativa” do direito, *in casu*, não se verificará, sendo antes uma operação temporalmente circunscrita, porventura instantânea.

Por seu turno, distingue-se a restrição da *limitação de direitos, liberdades e garantias*, uma vez que nesta “*não há amputação de um direito (a sua extensão, alcance e faculdades intrínsecas permanecem incólumes na esfera do seu titular), mas apenas a definição concreta de impedimentos ao seu exercício, motivados*

---

<sup>79</sup> VITALINO CANAS, “A actividade da Polícia e a Actividade Policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II*, Edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, página 1278.

*por circunstâncias de carácter específico, verificadas numa determinada situação*”<sup>80</sup>.

Efectivamente, como já avançámos e procuraremos demonstrar com maior solidez, o acto do juiz que em sede de julgamento, perante determinado elemento probatório à primeira vista proibido, determine a sua produção e valoração, à partida não poderá ser “atacado” por ser uma qualquer *restrição* de um direito, violadora do artigo 18.º, da CRP, porque não operada por acto legislativo.

Ao invés, terá de se qualificar esse acto não como uma restrição, mas antes como uma *limitação*, precisamente pela ausência da característica da *tendencial durabilidade* da operação limitativa do direito em concreto. A este conceito de limitação poderemos associar os conceitos de ingerência e de intervenção restritiva em direitos fundamentais<sup>81</sup>.

Com a devida vénia, fazendo nossas as palavras de MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, reconhecemos “*na palavra ingerência um significado de maior latitude do que o de intervenção restritiva, já que, diferentemente deste, não se limita a um conteúdo de restrição. Pode haver uma ingerência num direito sem que chegue a verificar-se uma restrição no mesmo. Pense-se na interceptação de um número de telefone pelo qual não são feitas ou recebidas chamadas no período em que decorre a interceptação. Não deixa de configurar uma ingerência no direito ao sigilo das telecomunicações e na privacidade do titular do telefone, apesar de não se verificar verdadeiramente qualquer efeito restritivo em nenhum dos referidos direitos*”<sup>82</sup>.

Em abstracto, ao viabilizar a valoração de um material probatório proibido, o juiz não atenta “duradouramente” contra determinado direito; o que este faz é

---

<sup>80</sup> VITALINO CANAS, “A actividade...”, *op.cit.*, página 1279.

<sup>81</sup> Para uma melhor compreensão do tema das intervenções restritivas em direitos, liberdades e garantias, demarcando-o do conceito de restrição e compreendendo-o no seio do Processo Penal veja-se, designadamente, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 32 e seguintes.

<sup>82</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 37.



torná-lo “inoperante” perante uma circunstância concreta, limitada temporalmente e sempre em nome de um interesse constitucional relativamente preponderante no caso concreto. Procuremos exemplificá-lo.

Nos termos do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, se realizada uma busca a casa de um arguido e nessa for apreendido o diário pessoal daquele, poder-se-ia arguir, à partida, a impossibilidade de utilização daquele elemento de prova para efeitos da respectiva valoração, porquanto o mesmo poder-se subsumir à esfera de protecção da integridade moral da pessoa, integridade essa que se pretender proteger atento o teor do normativo citado.

Pensemos no caso de um arguido acusado de vários crimes de abuso sexual de menores que por uma qualquer razão empreende naquele diário uma descrição minuciosa de todos os actos criminosos praticados com cada um dos menores, descrevendo ao detalhe todos os pensamentos e sentimentos vividos antes, durante e após cada um dos crimes. Qualquer teoria mais moralista teleologicamente orientada à protecção acérrima dos direitos fundamentais do arguido dirá que aquele elemento de prova – o diário – é um reflexo da esfera mais íntima e inviolável do arguido, sendo a valoração do diário a restrição mais vil que se poderia fazer ao direito à integridade moral daquele. Salvo melhor opinião, não partilhamos dessa posição.

Ainda antes de apurarmos se aquele elemento de prova estará, ou não, envolvido pela protecção reconhecida à integridade moral da pessoa – algo que analisaremos *infra*, cumpre desde logo afirmar que o que aí estaria em causa, no momento da valoração daquele meio de prova, seria uma limitação a um direito, e nunca uma restrição.

Efectivamente, carece de qualquer fundamento alegar-se que aquele acto do juiz implicaria um qualquer amputar de faculdades do direito em causa com um carácter de tendencial durabilidade. Na verdade, seriam circunstâncias específicas e concretas – desde a natureza do crime, às finalidades de prevenção geral e especial, bem como a protecção das vítimas e a prossecução da tutela punitiva do Estado – que exigiriam aquele acto (de valoração).

De qualquer forma, porque estamos no âmbito de uma ingerência efectiva no âmbito de um direito fundamental, ter-se-ão que ter sempre em atenção as exigências previstas pelo artigo 18.º da CRP – desconsiderando, todavia, as exigências de generalidade e abstracção do acto concreto, bem como o facto de a mesma não ocorrer por via do legislador mas sim em resultado do exercício do poder jurisdicional.

Assim, o acto de valoração de um determinado meio de prova que seja, simultaneamente, ingerência (limitação) num determinado direito fundamental, deverá acautelar devidamente o cumprimento do princípio da proporcionalidade, assim como resguardar-se até ao ponto em que se diga que o núcleo essencial daquele direito não tenha sido afectado<sup>83</sup>.

Retomando o exemplo exposto: o juiz ao determinar a valoração daquele diário para efeitos de condenação do arguido, ou de decretamento de uma medida de coacção, p. ex., terá que em primeiro lugar aferir se essa valoração é em si mesma adequada aos fins a que se propõe – à partida sê-lo-á, por força do que se disse anteriormente quanto ao conteúdo concreto do diário; de seguida, deverá julgar a valoração daquele diário como um meio necessário à prossecução dos mesmos fins. Isto é, perante a existência de outros meios de prova, se o julgador concluir que outros meios de prova menos gravosos, ou seja, menos atentatórios dos direitos fundamentais do Arguido, são suficientes à obtenção do mesmo resultado, deverá excluir a valoração daquele diário – caso contrário, poderá prosseguir. Por último, a natureza do crime, as finalidades de prevenção geral e especial, bem como a protecção das vítimas e a prossecução da tutela punitiva do Estado deverão, isoladamente analisadas, exigir essa ingerência no direito fundamental. Nunca será defensável a ingerência em direitos fundamentais do

---

<sup>83</sup> Criticando a posição aberta da jurisprudência constitucional alemã à aplicabilidade de uma ideia de “ponderação de interesses” no caso concreto, KARL-HEINZ GÖSSEL afirmou que “*os argumentos de índole político-criminal mais frequentemente utilizados, como ponderação à luz do princípio da proporcionalidade, não oferecem a clareza necessária à prática, lançando a maior insegurança sobre o labor da polícia e do Ministério Público*”. “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, em *RPCC*, ano 2, n.º 3, Julho – Setembro 1992, página 437.

arguido quando, no caso concreto, outros interesses com dignidade constitucional não o reclamem.

Elemento essencial na estruturação de todo o sistema processual penal português, a protecção dos direitos fundamentais do arguido deverá sempre pautar o exercício da função jurisdicional neste âmbito do ordenamento jurídico nacional. Isto equivale a dizer que qualquer afectação de direitos fundamentais daquele sujeito processual só deverá ocorrer se e quando outros interesses também eles visados pelo ordenamento processual penal em particular, e pelo sistema constitucional em geral, o exijam. E é por via deste entendimento que defendemos a aplicação do artigo 18.º da CRP na prática de actos jurisdicionais potencialmente lesivos de direitos fundamentais do arguido, sem prejuízo de não os qualificarmos como verdadeiras restrições àqueles direitos, antes como limitações.

Sistema marcadamente conflituante, onde a protecção de direitos fundamentais e a defesa de interesses comunitários se encontram em colisão directa e constante, reclama-se um exercício do poder jurisdicional funcionalmente orientado à ponderação permanente desses interesses<sup>84</sup>. Não julgamos assim possível a afirmação de que o legislador tenha acautelado devidamente as ponderações que este segmento específico – o processo penal – do ordenamento jurídico nacional exige, aquando do “positivar” normativo que lhe compete.

Na verdade, é-nos muito difícil arguir, sob pena de ingenuidade absoluta, que a ponderação de interesses que qualquer sistema jurídico reivindica seja alcançada na sua plenitude por parte do legislador. O legislador não é um qualquer

---

<sup>84</sup> Neste sentido veja-se, designadamente, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 240: “A menção ao princípio da proporcionalidade como requisito de admissibilidade de uma medida processual penal não pode ser vista como excepcional, antes constituindo afloramento do princípio geral atrás enunciado. O princípio da proporcionalidade deve, portanto, ser observado pelo juiz também nos casos em que não é enumerado expressamente nas normas de habilitação destas medidas”. Também, da mesma autora e mesma obra, páginas 245 e seguintes.

ser divino que sentado nas nuvens edifica e constrói sistemas jurídicos perfeitos, qual Deus nos céus. Este (o legislador) é encontrado no plano físico e mundano dos homens. Um plano de imperfeições e incompletudes onde o milagre é uma realidade estranha. E só mesmo um milagre conseguiria estruturar um sistema processual penal perfeito, em que a ponderação de interesses individuais e comunitários estivesse acautelada num ponto óptimo.

Ciente da sua imperfeição, o mesmo legislador determinou que outros órgãos de soberania pudessem fiscalizar o exercício das suas atribuições, *maxime* pelo controlo difuso da constitucionalidade de actos normativos que é reconhecido aos tribunais portugueses. Ora, este controlo difuso não comanda tão-só um estar passivo por parte do juiz. O juiz comum deve fazer mais do que a mera recusa de aplicação de actos normativos inconstitucionais. O exercício jurisdicional é muito mais do que isso: é um exercício que obriga o alcançar do Direito e da solução justa.

Dito isto, se a ponderação de interesses realizada pelo legislador levada ao caso concreto redunda em soluções constitucionalmente desconformes, a realização de uma nova ponderação, agora casuística, ergue-se e reclama-se, cabendo ao juiz, no seu exercício de “ditar o direito”, moldá-la.

### **2.1.2. O artigo 32.º, n.º 8 da Constituição**

Encontramos no art. 32.º da Constituição o âmago normativo daquela que tem sido qualificada de *Constituição Processual Criminal* no âmbito da ordem jurídica portuguesa. Neste preceito estão consagrados, pelo menos, alguns dos princípios e normas estruturantes do sistema processual penal português.

Especificamente no que nos interessa para as regras de proibições de prova, prevê o n.º 8 daquele artigo que “*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”. Como veremos *infra*, esta norma é inquestionavelmente o

referente normativo-constitucional do regime das proibições de prova que resulta do artigo 126.º do CPP.

Doutro passo, poderemos também afirmar que a mesma norma, em certa medida, não mais será que um reforço do reconhecimento da protecção que o texto constitucional reporta a determinados direitos individuais: neste caso, com especial enfoque aos direitos de integridade física e moral da pessoa, à reserva da vida privada e do domicílio, à protecção da correspondência e telecomunicações, à liberdade de autodeterminação, entre outros.

Não consideramos este normativo, ainda, redundante – porquanto se poderia afirmar que a protecção destes direitos já decorre de outras normas constitucionais, tornando este n.º 8 inútil – pois que o encaramos como uma protecção especificamente direccionada e reservada à aplicação no Processo Penal.

Efectivamente, ao contrário do que se poderá verificar no âmbito de outros normativos constitucionais, não consideramos que a aplicação prática do regime resultante do n.º 8 do artigo 32.º abranja outras situações factuais além do processo penal – sem prejuízo da extensibilidade das garantias de defesa do processo penal aos demais processos sancionatórios, *maxime* ao ilícito de mera ordenação social.

Seja como for, e como detalharemos melhor *infra*, a regra de proibição de prova resultante da norma constitucional referida, ainda que meritória pela sua *ratio* protectiva dos direitos fundamentais do arguido, poderá suscitar grandes dificuldades práticas para o “bom” andamento do processo e, sobretudo, ser a génese de práticas passíveis de atentar contra aquele ideal máximo de Justiça que preconizámos no Capítulo I.

Na verdade, decorre da mesma Lei Fundamental, ao lado da protecção de determinados direitos fundamentais individuais, também, o direito à segurança (art. 27.º CRP), o acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º CRP), a que os tribunais defendam os direitos e interesses constitucionalmente

protegidos (art. 202.º CRP) e à repressão da violação da legalidade democrática (art. 202.º CRP), entre outros direitos e ou interesses constitucionalmente reconhecidos que, garantidamente, com um âmbito subjectivo muito claro, valem também como importantes interesses da colectividade onde todos nos inserimos – e neste âmbito colectivo muito específico, destacamos a segurança comunitária e a efectivação da tutela punitiva do Estado, decorrências da noção de Estado Democrático de Direito, assente na protecção da dignidade da pessoa humana.

Dito isto, importa então aferir da existência, ou não, de uma concordância entre os interesses e direitos constitucionais elencados ou, se ao invés, poderemos falar de uma colisão genérica entre os mesmos, no que ao regime geral das proibições de prova importa. A concluir pela segunda hipótese – e tudo parece apontar que será por aí que iremos concluir – importa, a título preliminar, avançar com soluções a essa mesma colisão de interesses constitucionalmente relevantes, na óptica avançada por ALEXY da “concordância prática” de interesses constitucionais.

Não é aqui negado o princípio da eficácia máxima dos preceitos constitucionais. Muito pelo contrário: é recebido e defendido. O que não pode acontecer é dar uma extensão a esse princípio ao ponto de aniquilar por completo, em situações casuais, o núcleo essencial de direitos fundamentais, pondo em causa outros interesses e princípios constitucionais: não há tão-somente colisão entre direitos fundamentais; haverá também ao nível dos princípios. E estes deverão também ser compatibilizados, tal como são os primeiros<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Como já foi por nós defendido noutro âmbito – RUI COSTA PEREIRA, *A admissibilidade valorativa da prova proibida*, Relatório de Mestrado realizado no Seminário de Direito Processual Penal, Curso de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, página 13.

## **2.2. Imposições infraconstitucionais**

### **2.2.1. O artigo 126.º do Código de Processo Penal**

Nos termos do art. 125.º, do CPP, “*São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”. A lei processual penal portuguesa optou deliberadamente reger-se por um sistema assente na chamada *prova livre*, em oposição à *prova legal*.

Esta concepção de “liberdade probatória” não se aterá exclusivamente aos meios de prova. Concretizando: o regime da prova livre é um regime que se destina aos meios de prova, aos métodos de obtenção de prova e aos temas de prova.

Dentro dos meios de prova, se a Lei não vedar o acesso a determinados elementos e ou realidades como forma de conhecimento dos factos sujeitos a julgamento, à partida, serão esses mesmos elementos admitidos e cognoscíveis pelo julgador e demais sujeitos processuais.

Este princípio está intrinsecamente conexionado com um dos mais elementares princípios do processo penal português: a descoberta da verdade material. Mas porque verdade material não é sinónimo de verdade absoluta, mas antes verdade funcional e processualmente orientada, é que se restringiu essa liberdade ao conhecimento das provas que não forem, por via de Lei, proibidas<sup>86</sup>.

Relativamente aos métodos de obtenção de prova, apesar de não serem excluídos do âmbito do princípio de prova livre, por força de uma regulamentação densificada e pormenorizada no CPP quanto a praticamente todos os métodos de obtenção de prova conhecidos e apreensíveis, o sentido do regime da prova livre não terá a mesma força que noutros prismas – como seja o anterior, dos meios de prova.

---

<sup>86</sup> Veja-se neste sentido, designadamente, PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, páginas 266 e seguintes. Também, HELENA MORÃO, “O Efeito-à-distância...”, *op.cit.*, página 586.

Efectivamente, a partir do momento em que o legislador opta por uma previsão detalhada, fixando regras (precisas) de produção de prova, está vedado ao aplicador prático do Direito, na esteira de um qualquer ideal absoluto (e in comportável) de prova livre, deturpar essas mesmas regras, obtendo provas em desrespeito dos procedimentos pré-fixados pelo legislador. Neste campo, o princípio da prova livre assume uma relevância maior no “lançar mão” de métodos de obtenção de prova que não tenham sido procedimentalmente regulados pelo legislador, bem como na compatibilização prática entre os vários métodos de obtenção de prova previstos no Código, sempre dentro de um estrito cumprimento dos procedimentos ali fixados.

Já quanto à relação entre os temas de prova e o princípio da prova livre, dir-se-á que a sua compatibilização é encontrada dentro da conformidade ao princípio da vinculação temática, isto é, na condução do processo dentro dos limites do seu próprio objecto, bem como no afastamento da possibilidade de averiguação de determinado conjunto de factos porque legítima e legalmente afastados desse conhecimento.

No primeiro plano estamos a pensar no respeito em julgamento aos factos até aí – à fase de julgamento – levados pela acusação do Ministério Público ou pela decisão instrutória do Juiz de Instrução – sem prejuízo das regras da alteração substancial, ou não, dos factos – e, num segundo plano, em matérias como o segredo de Estado que, dentro dos parâmetros previamente fixados pelo legislador, estarão, à partida, afastadas do conhecimento dos diferentes sujeitos processuais bem como da respectiva introdução no próprio objecto do processo.

Por tudo quanto foi dito, resulta que o princípio da prova livre legalmente concretizado pelo artigo 125.º, do CPP, encontra-se forçosamente compelido a uma concordância prática com outros interesses processualmente válidos – como seja a vinculação temática e o princípio da legalidade – e com a mesma relevância que aquele, não sendo assim um princípio absoluto no nosso processo penal.

Demonstração clara do carácter não absoluto, mas mitigado, do princípio da prova livre é encontrado no normativo legal imediatamente posterior à previsão



daquele. No artigo 126.º, do CPP, foi previsto o aqui tão importante para o nosso estudo regime das proibições de prova. Um regime que tem vindo a ser entendido de forma ampla pela doutrina e jurisprudência nacionais como uma densificação infraconstitucional do artigo 32.º, n.º 8, da CRP.

Alguma doutrina<sup>87</sup> e jurisprudência nacional<sup>88</sup> têm vindo a defender que a separação normativa entre, por um lado, o artigo 126.º, n.º 1 e, por outro lado, os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, se reporta ao facto de no primeiro caso estarem consignadas *proibições absolutas* de produção e valoração de prova e no segundo segmento, ao invés, *proibições relativas* de prova.

Na perspectiva de GERMANO MARQUES DA SILVA “*as proibições absolutas respeitam aos direitos que a Constituição consagra como invioláveis*”

---

<sup>87</sup> Num sentido que recusamos em absoluto, MARQUES FERREIRA chega a referir que nem a lei – e aqui cremos nós que se referirá a “lei” no sentido mais lato do conceito – poderá viabilizar a utilização de provas proibidas. Diz-nos o Autor que “*no que concerne às proibições absolutas de meios de prova quer o consentimento quer a lei são irrelevantes para afastar a nulidade das provas assim obtidas as quais não podem ser utilizadas*”, “Meios de Prova”, *op.cit.*, página 225. Além de se demonstrar dogmaticamente incorrecta a inserção do conceito de “nulidade” no âmbito das regras de proibição de prova – devendo reservá-lo, aí sim, às regras de produção de prova –, como não ser, por nós, de todo defensável que a lei e o Direito não viabilizem a utilização de provas proibidas, vejamos se o consentimento não poderá também ele ter alguma relevância neste âmbito.

<sup>88</sup> Leia-se, designadamente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 3 de Março de 2010, um exemplo claro da distinção (propugnada pela maioria da doutrina e jurisprudência portuguesa) entre produções absolutas de prova e proibições relativas de prova, em alusão às normas constantes do artigo 126.º do Código de Processo Penal: “*Todavia, é nítido o diferente recorte que assumem, no preceito citado, e em termos de tonalidade ético normativa, a proibição de provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas em relação àquelas que têm por fundamento a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Se, na primeira hipótese, estamos perante uma proibição absoluta, insusceptível de qualquer concessão, pois que está em causa o próprio cerne dos direitos de personalidade, já no segundo caso é a própria norma -ao admitir os casos ressalvados na lei - que admite a compressão de direitos constitucionais, porquanto tal é razoável, e admissível, numa lógica de proporcionalidade e exigido pelo próprio interesse do Estado no funcionamento da justiça penal*”.

(art.25.º da CRP); as proibições relativas aos direitos que a Constituição admite sejam limitadas nos casos previstos na lei matéria de processo penal (arts. 26.º e 34.º, n.ºs 3 e 4, da CRP) ”<sup>89</sup>.

Tem vindo a ser defendido que a violação de proibições absolutas de prova inviabiliza imediata e incontornavelmente a utilização da prova assim obtida, sendo o julgador irremediavelmente impossibilitado de valorar a mesma, independentemente de um qualquer eventual consentimento do “lesado”. Doutro passo, relativamente às proibições relativas de prova, a consequência prescrita para a situação anterior ocorrerá apenas e se violadas as regras fixadas no Código, isto é, se não forem seguidos os procedimentos previstos à obtenção de determinados meios de prova que estão à partida afastados da respectiva obtenção, sendo alcançáveis apenas nos casos previstos por Lei.

A diferenciação que GERMANO MARQUES DA SILVA e outros autores fazem entre as proibições absolutas de prova e as proibições relativas parece, no imediato, uma diferenciação conveniente. Todavia, tomando uma outra perspectiva da questão, somos de apresentar um entendimento diferente, não necessariamente contrário<sup>90</sup>.

Desde logo, porque é indefensável a existência de direitos absolutos – e aqui reportando-nos à expressão “direitos invioláveis” usada por aquele Autor. Quanto muito, tal será defensável em relação ao direito à vida, por comando expreso constitucional nesse sentido (artigo 24.º), já que nem em relação aos direitos que não poderão ser afectados sequer durante o estado de sítio ou de emergência (artigo 19.º, n.º 6), a Constituição consagra a sua inviolabilidade incondicional.

---

<sup>89</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, II, *op.cit.*, página 139.

<sup>90</sup> Num sentido também ele mais centrado, previamente, no desvalor ético-jurídico dos bens lesados pelo incumprimento das regras de proibição de prova e não tanto na consequência desse incumprimento, isto é, na susceptibilidade de utilização ou não do acervo probatório proibido, veja-se MAIA GONÇALVES, “Meios de Prova”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, página 195.

Todos os direitos são violáveis e restringíveis. Um entendimento contrário parece-nos, salvo melhor opinião, redundar na recusa de uma ideia de auto-limitação dos próprios direitos, algo que tem sido amplamente admitido independentemente de se postergar, ou não, por uma qualquer doutrina alusiva a “limites imanentes” dos direitos fundamentais. O exercício constitucionalmente conforme de qualquer direito fundamental implica, necessariamente, um exercício vinculado à salvaguarda de outros direitos ou interesses também constitucionalmente protegidos. Isto é, o conteúdo do direito haverá de recuar até ao ponto estritamente necessário àquela salvaguarda, pressupondo que nunca afectado o seu núcleo essencial.

Efectivamente, não serão admitidas restrições – externas ou intrínsecas – a um ponto tal que afectem o seu núcleo essencial, ou seja, que impossibilitem o exercício do direito para o futuro por parte do seu titular.

Assim, serão (i) proibições absolutas, aquelas que respeitam aos mais básicos direitos fundamentais, não necessariamente invioláveis, mas com um referente maior na protecção da dignidade da pessoa humana e que, geralmente, implicarão a impossibilidade valorativa da prova obtida com o desrespeito pelas mesmas e, serão (ii) proibições relativas, as que se referem a direitos com um referente menor na protecção da dignidade da pessoa humana e que poderão ser expressamente afastadas, nos casos especificados na lei (mas que, por maioria de razão, poderão também admitir a valoração de provas obtidas com o seu desrespeito) e que, usualmente, também levam à inadmissibilidade valorativa da prova obtida com a violação das mesmas, ou fora dos casos legalmente permitidos.

A distinção entre proibições absolutas e proibições relativas é obtida antes pela força dos bens jurídicos protegidos pelas proibições e não pela possibilidade de afastamento ou não das respectivas regras<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Recordando o já escrito por nós noutro âmbito – RUI COSTA PEREIRA, *A admissibilidade...*, *op.cit.*, página 20.

Por outro lado, e como analisaremos com maior detalhe *infra*<sup>92</sup>, distinção que certamente interessa operar neste âmbito é a que existe entre invalidades decorrentes da violação de formalidades processuais, por um lado, proibições de prova, por outro.

Constata-se que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência nacionais preocuparam-se essencialmente na distinção apresentada *supra* – entre proibições absolutas e proibições relativas de prova – quando, na verdade, melhor estariam ao direccionar esforços ao que ora se destaca, não tendo o legislador contribuído para o efeito.

Na verdade, “o legislador, ao rever o CPP, não distinguiu as invalidades decorrentes da produção/valoração de uma prova proibida das invalidades decorrentes da mera violação das formalidades processuais relativas à produção/valoração de uma prova admissível”<sup>93</sup>.

Também, como enfatizou JOÃO CONDE CORREIA, “só um critério substancial, que esqueça a fisiologia da norma para se centrar na sua essência, poderá ser útil e ter suficiente capacidade distintiva entre ambos os mecanismos”<sup>94</sup>.

Da nossa parte, essa diferenciação alcançar-se-á sobretudo na demarcação precisa dos interesses que estão na base dos normativos em jogo. Na medida em que é insuficiente considerar-se que a violação de normas próprias do regime de prova centradas na protecção dos direitos fundamentais do arguido (regras de proibição de prova) se basta com a cominação de uma típica invalidade, ter-se-á que considerar também excessivo cominar com uma proibição de valoração a

---

<sup>92</sup> Capítulo II – § 2.º – 2.2.3. O regime das nulidades de prova e a problemática do efeito-à-distância.

<sup>93</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 305.

<sup>94</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção entre Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa Perspectiva Essencialmente Jurisprudencial”, em *RCEJ*, n.º 4, 2006, página 191.

determinada prova quando viciado um mero formalismo na sua obtenção (regras de produção de prova).

Dito isto, haverá que equivaler a nulidade referida no artigo 126.º do CPP ao conceito de *nulidade probatória* ou, melhor dito, proibição de prova, demarcando-a invariavelmente do regime das nulidades processuais previstas nos artigos 118.º e seguintes do Código<sup>95</sup>.

Na verdade, mesmo quando “o Código declarar as provas «nulas» - como acontece no art. 126.º - essa palavra poderá significar uma coisa diferente do que significa nos arts. 118.º ss.”<sup>96</sup>.

Não tendo o legislador nacional alcançado destrinçar claramente umas e outras, uma análise casuística ponderada é especialmente exigida neste âmbito, sob pena de se desvirtuarem regimes que devem ser, sem dúvida, correlacionados, ao mesmo tempo que bem diferenciados um do outro.

---

<sup>95</sup> Sobre a demarcação entre as proibições de prova e as invalidades processuais, nomeadamente resultante da aplicação do artigo 118.º, n.º 3, do CPP, acompanhamos a posição segundo a qual “no n.º 3, estabeleceu-se a autonomia técnica das proibições de prova, ao estipular que as regras gerais sobre as nulidades processuais não se aplicam às proibições de prova”. Acresce que a nulidade prevista no texto constitucional, também, “não se trata de uma nulidade em sentido técnico-processual mas de uma proibição de prova cujo efeito específico está estabelecido no art. 126.º, n.º 1: as provas assim obtidas não podem ser utilizadas por qualquer autoridade judiciais. Não há que proceder à declaração de nulidade e não são sanáveis” – Código de Processo Penal, Comentários e notas práticas (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto), Coimbra Editora, 2009, página 298. No mesmo sentido, TERESA PIZARRO BELEZA afirmou que “o art. 118.º, n.º 3 expressamente declara que as disposições sobre nulidades «não prejudicam» as proibições em matéria de prova. Isto querará dizer que quando o Código declara proibidas certas provas” (...) “ou certos métodos de obtenção de prova” (...) “teremos de averiguar qual a sanção que o Código estabelece para a infracção dessa proibição”. “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português”, em *RMP*, n.º 74, 1998, página 43.

<sup>96</sup> TERESA PIZARRO BELEZA, “«Tão amigos...”, *op.cit.*, página 43.

## 2.2.2. Proibições de prova dispersas e autónomas ao artigo 126.º

### 2.2.2.1. Análise Perfunctória

Malogradamente fixado um “regime geral das proibições de prova” no processo penal português, por via do artigo 126.º do CPP, decorrência imediata do n.º 8 do artigo 32.º da Constituição, esteve bem o legislador quando estatuiu regras de proibição de prova directamente enquadradas no âmbito concreto em que aplicáveis, ou seja, em lugares dispersos do Código foram criadas regras de proibição de prova associadas ao segmento casuístico-normativo em que se inserem.

Melhor esteve o legislador quando, ao invés de “fulminar” com uma qualquer invalidade, *maxime* nulidade, à violação das regras de proibição de prova distintas das resultantes do artigo 126.º, “consequenciou” essa violação, via de regra, com a *impossibilidade de utilização* das provas assim obtidas<sup>97</sup>.

Não tendo sido pretendido um apontamento exaustivo, tão-só uma demarcação genérica, ressalve-se que as *proibições de prova dispersas* que iremos apresentar de seguida serão, num primeiro momento, sinteticamente apresentadas para só num segundo momento serem devidamente desenvolvidas e analisadas, reportando esta análise à correspondência que pode ser feita entre as mesmas e os princípios fundamentais do processo penal português salvaguardados com aquelas – nunca olvidando o relevo central que caberá sempre, em primeiro lugar, à protecção dos direitos fundamentais do arguido.

Nos termos do artigo 58.º, n.º 1, do CPP, “*sem prejuízo do disposto no artigo anterior, é obrigatória a constituição de arguido logo que: a) correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime, esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária*”

---

<sup>97</sup> Sobre este conceito de “impossibilidade de utilização”, com grande interesse para o estudo da discussão actual na Alemanha quanto à dogmática das proibições de prova, veja-se o capítulo da obra já citada de MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, páginas 353 e seguintes; mais detalhadamente, 366 e seguintes.

*ou órgão de polícia criminal; b) tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coacção ou de garantia patrimonial; c) um suspeito for detido, nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 254.º a 261.º; ou d) for levantado auto de notícia que dê uma pessoa como agente de um crime e aquele lhe for comunicado, salvo se a notícia for manifestamente infundada”, densificando os n.ºs 2, 3 e 4 do mesmo artigo os termos que devem ser observados para efeitos do acto de constituição de arguido. Assim, “a omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova” – n.º 5 do mesmo artigo.*

Nos termos do artigo 92.º, n.º 3, do CPP, “o arguido pode escolher, sem encargo para ele, intérprete diferente do previsto no número anterior” – intérprete nomeado pela autoridade judiciária competente quando intervenha no processo pessoa que não conhece ou não domina a língua portuguesa – “para traduzir as conversações com o seu defensor”, fixando o n.º 4 do mesmo artigo que “o intérprete está sujeito a segredo de justiça, nos termos gerais, e não pode revelar as conversações entre o arguido e o seu defensor, seja qual for a fase do processo em que ocorram, sob pena de violação do segredo profissional”.

Se, de alguma forma, não for permitida ao arguido escolha de intérprete distinto daquela nomeado pela autoridade judiciária competente, ou se o intérprete, escolhido ou não pelo arguido, revelar as conversações havidas entre este e respectivo defensor, prescreve o n.º 5 do mesmo artigo que “não podem ser utilizadas as provas” assim obtidas<sup>98</sup>.

Prevê o artigo 96.º, n.º 1, que “salvo quando a lei dispuser de modo diferente, a prestação de quaisquer declarações processa-se por forma oral, não sendo autorizada a leitura de documentos escritos previamente elaborados para aquele efeito”, não tendo o legislador estatuído, expressamente, qualquer consequência à violação do referido comando.

---

<sup>98</sup> Solução igualmente adstrita no artigo 93.º, n.º 4, do CPP, relativamente à nomeação de intérprete aquando da participação de surdo, deficiente auditivo ou de cego no âmbito do processo penal.

Relativamente ao interrogatório de arguido, fixa-se no artigo 103.º, n.º 3, que “*o interrogatório de arguido não pode ser efectuado entre as 0 e as 7 horas, salvo em acto seguido de detenção: a) nos casos da alínea a) do n.º 5 do artigo 174.º; ou b) quando o próprio arguido o solicite*”, fixando também o n.º 4 que “*o interrogatório de arguido tem a duração máxima de quatro horas, podendo ser retomado, em cada dia, por uma só vez e idêntico prazo máximo, após um intervalo mínimo de sessenta minutos*”.

Violadas as regras ora apresentadas, nasce uma proibição de prova nos termos fixados pelo n.º 5 do mesmo artigo, determinando-se que “*são nulas, não podendo ser utilizadas como prova, as declarações prestadas para além dos limites previstos nos n.ºs 3 e 4*”<sup>99</sup>.

Relativamente ao depoimento testemunhal indirecto, nos termos do n.º 1 do artigo 129.º do Código, “*se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas*”<sup>100</sup>. Já no n.º 3 estatui-se que se “*não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de*

---

<sup>99</sup> Aqui, tal como no artigo 126.º, n.º 1, alcançou o legislador mais uma “confusão” no recurso dos conceitos utilizados, “misturando” os conceitos de *impossibilidade de utilização de prova* e de *nulidade*, com as mesmas repercussões que apontámos *supra* – Cap. II - §2.º - 2.2.1 O artigo 126.º do Código de Processo Penal.

<sup>100</sup> Como veremos no ponto subsequente do presente estudo, é-nos penosa, sobretudo quando arreigada no regime das nulidades processuais penais, a afirmação do chamado *efeito-à-distância* das proibições de prova. A norma ora citada do Código de Processo Penal é, a nosso ver e salvo melhor opinião, o exemplo claro do aproveitamento que deve ser alcançado na actividade de aplicação normativa. Quando o referido preceito refere que emerge uma proibição de prova tão-só quanto à parte do depoimento que se possa qualificar de depoimento indirecto, demonstra-se, desde logo, que não é imediata a chamada “contaminação” da prova que está numa estreita ligação com a prova proibida. Doutro passo, é também clara que a validade de determinado meio de prova decorre da prova *per si*, e não da relação que esta tem com outras provas – por identidade de razão, o mesmo se dirá já não quanto à validade da prova, mas quanto à sua invalidade.



*quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos*”<sup>101, 102</sup>.

Encontramos no artigo 137.º, do CPP, um exemplo de uma proibição de prova que se centra não no método ou no meio de prova, antes no tema da prova – o segredo de Estado. Assim, nos termos do n.º 1 daquele artigo, “*as testemunhas não podem ser inquiridas sobre factos que constituam segredo de Estado*”, não tendo o legislador determinado, expressamente, qual a consequência da violação desta norma.

Quanto ao reconhecimento de pessoas, nos termos do artigo 147.º, n.º 5, “*o reconhecimento por fotografia, filme ou gravação realizado no âmbito da investigação criminal só pode valer como meio de prova quando for seguido de reconhecimento efectuado dos termos do n.º 2*” do mesmo artigo<sup>103</sup>. Reforçando a proibição de prova por violação das regras relativas ao reconhecimento de pessoas e consequente impossibilidade de utilização da prova, prescreve o n.º 7 do mesmo artigo que “*o reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer*”<sup>104</sup>.

Relativamente às perícias ao sangue e ou a outras células corpóreas, por força de direitos constitucionais tão relevantes como a integridade física ou a intimidade da vida privada dos visados pela perícia, o legislador concebeu uma

---

<sup>101</sup> Sendo que neste âmbito, tal qual se refere o n.º 1 do artigo 129.º, a proibição de prova emergirá tão-só quanto ao segmento do depoimento que se considere que resulta do “do que se ouviu dizer”.

<sup>102</sup> Idêntica proibição de prova, e pelas mesmas razões que se desenvolverão de seguida, resultará relativamente às vozes ou rumores públicos, previstos no artigo 130.º, n.º 1.

<sup>103</sup> Nos termos do n.º 2 do artigo 147.º do CPP, “*se a identificação não for cabal, afasta-se quem dever proceder a ela e chamam-se pelo menos duas pessoas que apresentem as maiores semelhanças possíveis, inclusive de vestuário, com a pessoa a identificar. Esta última é colocada ao lado delas, devendo, se possível, apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento. Esta é então chamada e perguntada sobre se reconhece algum dos presentes e, em caso afirmativo, qual*”.

<sup>104</sup> E esta proibição de prova emergente da violação de uma regra de produção de prova, vale nos precisos termos que no reconhecimento de pessoas para o reconhecimento de objectos, conforme decorre do artigo 148.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

das mais “fortes” proibições de prova existentes no sistema processual penal português, na medida em que os seus efeitos extravasam o âmbito do processo em que a mesma ocorra, valendo para outros processos ou outras realidades – tendo esta eficácia, dir-se-á *erga omnes*, dos efeitos da proibição de prova, sido expressamente previsto pelo legislador.

Na verdade, conforme resulta do disposto no número 6 do artigo 156.º do Código, “*quando se tratar de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários*”<sup>105</sup>.

Relativamente ao valor probatório das reproduções mecânicas, nos termos do artigo 167.º, n.º 1, “*as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de um processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal*”, determinando o n.º 2 do mesmo artigo que não se considerarão ilícitas, a título exemplificativo, as reproduções mecânicas obtidas com respeito às regras fixadas no Título III do Livro III do Código de Processo Penal, que rege os meios de obtenção da prova<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Pelas razões que se irão expor de seguida, o referido preceito suscita-nos sérias dúvidas de (in)constitucionalidade ao possibilitar a utilização, como meio de prova, de exames e amostras de sangue ou outras células corpóreas recolhidas num determinado processo em outro processo, que nada poderá ter que ver com aquele onde foi obtido o meio de prova, bem como pela imprecisão quanto ao momento da destruição daqueles exames e amostras – que está tão-só dependente de despacho do juiz e ao critério subjectivo de entendimento da sua necessidade de conservação.

<sup>106</sup> Ressalta desta proibição de prova a coincidência dos efeitos da ilicitude substantiva para ilicitude adjectiva, isto é, a insusceptibilidade de utilização como prova dos meios alcançados na prática de ilícitos de natureza criminal. Quando este preceito refere que as reproduções mecânicas valem como prova quando não forem ilícitas nos termos da lei penal, está-se a referir, designadamente, aos crimes de devassa da vida privada (art. 192.º do Código Penal), gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º do Código Penal) ou de falsificação de documento (art. 256.º do Código Penal).

Quanto ao exame de pessoas, é determinado pelo n.º 1 do artigo 172.º do CPP que “*se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*”. Como já evidenciou o nosso Tribunal Constitucional, ressalta do preceito ora exposto uma proibição implícita de prova – ainda que relacionada com o artigo 126.º. Com efeito, entendeu aquele Tribunal que a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do CPP, é materialmente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz – o mesmo será dizer, só com o “aval” do Ministério Público –, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita e, consequencialmente, a norma constante do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e c), por violação do disposto no mesmo 32.º, n.º 4, da Lei Fundamental, quando interpretada no sentido de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ser utilizada e valorada a prova recolhida nos moldes acima expostos – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, de 2 de Março<sup>107</sup>.

Relativamente às buscas, às revistas e à apreensão de documentos e correspondência, o Código faz valer variadas regras de produção de prova – que, frise-se, nada têm que ver com regras de proibição de prova –, cominando com a nulidade dos actos processuais quando em violação das formalidades prescritas pelo legislador, sendo essas mesmas nulidades taxativamente fixadas.

Neste âmbito, todavia, diga-se que se poderá admitir a emergência de uma proibição de prova resultante da violação de regras de produção de prova, sem prejuízo da nulidade aí fixada. Isso irá depender sobretudo da força dos bens jurídicos que se quiseram acautelar com a edificação daquela regra de produção

---

<sup>107</sup> Em termos análogos aos do Acórdão acabado de referir, veja-se ainda o Acórdão n.º 228/2007, de 28 de Março, do Tribunal Constitucional, bem como as alterações introduzidas no CPP pela reforma de 2007, ao determinar a aplicação dos artigos 154.º, n.º 2 e 156.º, n.ºs 5 e 6, que reservam ao juiz a competência para ordenar os referidos exames.

de prova, bem como da própria relação que se estabelece com o artigo 126.º, n.º 3, do CPP, não cabendo por isso aqui fazer uma referência a essas proibições de prova, pois que as consideramos dependentes do mesmo 126.º, e não autónomas àquele.

Ainda assim, neste âmbito, houve espaço à “emersão” de proibições de prova autónomas, isto é, proibições de prova que não dependem da aplicação conjugada com o artigo 126.º. Efectivamente, em independência a esse preceito, adscrive o n.º 3 do artigo 179.º que *“o juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência”* de apreensão de correspondência *“é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. Se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova”*.

Relativamente ao regime das escutas telefónicas, sem prejuízo do que se disse anteriormente quanto ao surgimento de proibições de prova decorrentes da violação de regras de produção de prova, e do facto de o artigo 190.º cominar com a nulidade a violação das formalidades no âmbito deste método de obtenção de prova, podem, ainda assim, elencar-se proibições de prova autónomas, tanto ao artigo 126.º, como à nulidade prevista pelo artigo 190.º.

Efectivamente, nos termos do n.º 7 do artigo 187.º, surge-nos mais uma proibição de prova com efeitos extra-processuais, isto é, com valência para outros processos e ou realidades distintas daquele processo onde a escuta foi realizada. Assim, *“sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado da interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1”*<sup>108</sup>. Quando assim não for, isto é, quando não for legalmente admitido o

---

<sup>108</sup> Como já referimos noutro âmbito deste estudo, a extensibilidade de determinados actos processuais a processos distintos daqueles onde se realizaram poderá, nalguns casos, suscitar

aproveitamento das escutas realizadas em outro processo, em curso ou a instaurar, “o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: a) que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior; b) que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou c) cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias” – ex vi do artigo 188.º, n.º 6, do CPP.

Ainda no âmbito do regime das escutas telefónicas, surge-nos mais uma proibição de prova autónoma ao artigo 126.º e ainda com a especificidade de resultar da aplicação *a contrario sensu* de um concreto normativo.

Assim, nos termos do n.º 9 do artigo 188.º, “só podem valer como prova as conversações ou comunicações que: a) o Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a intercepção e a gravação e indicar como meio de prova na acusação; b) o arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou c) o assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito”, o que significará que, independentemente da realização das escutas, a susceptibilidade de utilização da prova obtida por força desse meio de obtenção de prova em sede de julgamento dependerá sempre e quando algum dos sujeitos processuais – Ministério Público, arguido ou assistente – tenham cumprido com as formalidades aqui prescritas.

Já em sede de julgamento, determina o n.º 4 do artigo 345.º que “não podem valer como meio de prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos dos n.ºs 1 e 2”.

---

algumas questões de constitucionalidade. Aqui, como apontaremos de seguida, oferecem-se comentários à solução normativa aqui elencada.

Exemplo maior, e expoente máximo, de uma proibição de prova dispersa no Código de Processo Penal, isto é, não tipificada no âmbito do artigo 126.º, é a impossibilidade de valoração de prova que não haja sido produzida em sede de audiência de julgamento (artigo 355.º do Código)<sup>109</sup>. Nos termos do artigo 355.º, n.º 1, do CPP, “*não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência*”, fixando-se a mesma regra sem prejuízo da leitura, visualização ou audição de actos processuais nos termos permitidos nos artigos subsequentes (n.º 2 do mesmo artigo).

#### **2.2.2.2. Protecção de princípios fundamentais do processo penal: pontos comuns nas proibições de prova autónomas**

São vários os princípios fundamentais que vêm sendo defendidos pela doutrina e jurisprudência nacionais como alicerces do sistema processual penal português. Como se procurará evidenciar no presente ponto, alguns deles assumem uma relevância preponderante na relação directa com concretas proibições de prova que o legislador consagrou dispersamente no Código de Processo Penal.

Assim, procuraremos também demonstrar que ao lado da teleologia central do sistema processual penal português no âmbito das proibições de prova – a protecção dos direitos fundamentais do arguido – emergem finalidades distintas, designadamente a salvaguarda da estruturação do processo tal como é concebido, através da protecção dos respectivos princípios-base.

Relativamente ao princípio da legalidade, neste caso especificamente reportado à actuação do Ministério Público, como bem refere GERMANO MARQUES DA SILVA, este princípio comanda a que “*desde que se verifiquem os pressupostos exigidos por lei para que deva promover-se o processo, o*

---

<sup>109</sup> Neste sentido veja-se, designadamente, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, “O julgamento no novo Código de Processo Penal”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, página 274.

*Ministério Público não pode deixar de o promover sob pena de ilegalidade de actuação, de omissão de um dever, que pode mesmo constituir um crime”<sup>110</sup>.*

Transpondo este entendimento para os segmentos normativos ora em análise – artigos 58.º, n.º 1 e 167.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal – resulta que a vinculação à qual a actuação do MP<sup>111</sup> se reporta, compele-o a, por um lado, a constituir como arguido qualquer pessoa sempre e quando que sobre ela recaiam os pressupostos que a lei faz depender a respectiva constituição e que, por outro lado, o mesmo MP – mas também, neste caso, os demais sujeitos processuais – não se possa valer de provas que substantivamente são consideradas verdadeiros ilícitos penais.

Ainda que diferente da magistratura judicial, a magistratura do Ministério Público não deixa de ser verdadeiramente uma magistratura. Na medida em que a instituição do Ministério Público reportada ao Processo Penal se assume como um sujeito processual e não como uma “parte”, tal como ocorre no âmbito do processo civil – ou, como vimos, se estrutura a vertente da acusação no âmbito dos sistemas de matriz norte-americana – a observância de rigorosos critérios de objectividade e legalidade no que concerne à sua actuação, impede aquele sujeito processual de se socorrer de expedientes e meios contrários àqueles critérios<sup>112</sup>.

A partir do momento em que se encontram verificados os pressupostos legalmente fixados quanto à obrigatoriedade de constituição de alguém como arguido, não poderá o Ministério Público, servindo-se de uma qualquer “bandeira”

---

<sup>110</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, I, *op.cit.*, página 72.

<sup>111</sup> Sempre contrapesada por um princípio da oportunidade, que significa que o Ministério Público poderá promover ou não o processo em função de juízos de conveniência, pois que a obrigação de promoção do processo sempre que se verifiquem os pressupostos legalmente fixados não é sinónimo de promoção do processo em toda e qualquer situação, a todo e qualquer custo.

<sup>112</sup> Razão pela qual consideramos que é, no mínimo, injusto afirmar-se, como o fez MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, que “*quando se compara a actividade do titular do inquérito com a do juiz de instrução, não pode deixar de reparar-se que a actuação do primeiro, na prática, se norteia mais pela efectividade das investigações do que pela valoração das limitações jurídicas*” – *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 96.

de oportunidade, “guardar” essa constituição para momento posterior por forma a poder recolher declarações a determinado sujeito de forma, porventura, mais ágil para que, por fim, recolhidas que estão as declarações, constituir o mesmo sujeito como arguido no processo.

É por isso importante ter assente a seguinte distinção: por um lado, a obrigatoriedade de constituir como arguido o suspeito ao ouvi-lo em declarações – se e quando reunidos os pressupostos legais que fazem depender essa constituição; por outro, a discricionariedade quanto ao momento em que se vai ouvir o suspeito em declarações.

Doutro passo, não sendo uma parte no processo e estando, ao mesmo tempo, legalmente munido com uma multiplicidade de ferramentas – v.g. métodos de obtenção de prova legal e exclusivamente adstritos à sua esfera de competências – não poderá, aqui também, esquivar-se àqueles critérios de objectividade e de legalidade valendo-se de meios de prova substantivamente ilícitos.

Sem prejuízo do que antes se disse quanto à salvaguarda de outros interesses constitucionalmente relevantes no âmbito das proibições de prova dispersas no Código, designadamente a protecção dos princípios estruturantes do sistema processual penal, seria inevitável que na concepção das mesmas proibições dispersas, como se verifica no que poderemos chamar de “regime geral” – artigo 126.º –, que a protecção dos direitos de defesa do arguido e dos seus direitos pessoais – bem como de outros sujeitos visados em sede probatória – fosse, aqui também, uma característica destas mesmas proibições.

Assim, tal como procurámos correlacionar a protecção do princípio da legalidade como *ratio* principal de determinadas regras de proibição de prova, também aqui pretendemos evidenciar uma estreita relação entre determinadas proibições e a salvaguarda dos direitos de defesa do arguido e de outros direitos pessoais deste ou de outro sujeito.

Daquelas proibições de prova aventadas *supra* destacamos agora os artigos 92.º, n.º 5, 103.º, n.º 5, 156.º, n.º 6, 172.º, n.º 1, 179.º, n.º 3 e a conjugação entre os



artigos 187.º, n.º 7 e 188.º, n.º 6, todos do CPP. Dos preceitos elencados, em número substancialmente superior aos que reportámos ao princípio da legalidade, subjaz a marca de uma forte protecção de direitos individuais, não tanto de interesses colectivos.

Na verdade, o reconhecimento ao arguido – e a outros sujeitos visados em diligências probatórias – de determinados direitos individuais, com força normativa constitucional, não resulta dessa qualidade de arguido, antes resulta da sua qualidade como pessoa. A qualidade de arguido, num Estado Democrático de Direito assente na protecção da dignidade da pessoa humana (tal como o nosso) significará apenas um *plus* de reconhecimento de direitos individuais. Porque se é pessoa é-se titular de direitos individuais constitucionalmente reconhecidos e porque se é arguido, é-se titular de direitos que visam sustentar ou, noutra perspectiva, visam “não olvidar”, aqueles direitos já previamente reconhecidos.

Num Estado de Direito em que actuação deste por via do exercício da respectiva função jurisdicional se vincula a uma ideia de bloco legal e de respeito ao Direito – que será mais que o próprio Estado positiva, ou alcança positivar – assumem-se inadmissíveis quaisquer finalidades persecutórias tão prosseguidas em séculos passados em que o arguido, por assim o ser, via “apagados” os direitos que lhe assistem porque é pessoa, para se transfigurar num verdadeiro objecto do Estado no exercício da sua tutela punitiva.

E sobre esta relação entre a ideia de Estado de Direito e os fins do mesmo Estado no seio do sistema processual penal, somos de citar uma vez mais a obra de PAULO DÁ MESQUITA: *“O conceito de Estado de direito integra a ideia de que a justiça depende – para além das previsões, interpretações e aplicações das leis – da verdade factual objectiva como condicionante da legitimidade jurídico-constitucional dos veredictos penais. Pretensão de verdade factual objectiva que, inclusive, pode determinar o confinamento de interesses políticos colidentes com esse imperativo categórico, com efeitos imediatos no plano da decisão do julgamento penal de facto e a (in)susceptibilidade da mesma derivar de factores epistemologicamente indevidos ou infundados. Têm relevo jurídico-constitucional*

*as âncoras epistemológicas da verdade processual, mas não são valores absolutos e a sua concretização nem sempre se apresenta pacífica”<sup>113</sup>.*

Assumem-se, então, os direitos fundamentais do arguido como contrapeso a interesses igualmente importantes do Estado no Processo Penal, nomeadamente a procura da verdade material.

Expoente da salvaguarda da integridade do arguido que deve ser visada desde que este assume essa qualidade, até ao fim do processo em que o é, é a obrigatoriedade daquele ser assistido por defensor em determinados actos processuais. Na decorrência do que se encontra instituído por via do número 3 do artigo 32.º da Constituição – que manda o legislador fixar os casos em que a assistência ao arguido por advogado é obrigatória – vem o artigo 64.º, n.º 1, do CPP, arrolar uma multiplicidade de situações em que se configura essa obrigatoriedade.

Assim, porque a Lei Fundamental reconhece expressamente a obrigatória assistência de advogado em determinados actos processuais – ainda que não evidencie quais – e porque o legislador infraconstitucional assim o seguiu, não é de aceitar que não haja sanção jurídica para este caso. Cumpre então evidenciar qual a sanção que decorrerá deste normativo: se uma nulidade processual a arguir no próprio acto; ou antes uma nulidade insanável cognoscível até ao trânsito em julgado da decisão que ponha termo ao processo; uma mera irregularidade processual; ou outra qualquer consequência.

Como é bem sabido, as nulidades processuais penais são taxativamente elencadas. Ou seja, a haver uma qualquer nulidade, esta teria de estar expressamente evidenciada na lei: e assim se passa efectivamente, pois que nos termos do artigo 119.º, alínea c), do CPP, constitui uma nulidade insanável “a

---

<sup>113</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, op.cit., página 262.

ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência”<sup>114</sup>.

Seja como for, as vicissitudes relativamente à assistência ao arguido do respectivo defensor não se resumem tão-só à comparência, ou melhor, à falta dela, deste. Outras situações “viciadas” poder-se-ão alvitrar.

Assim, como já adiantámos anteriormente, se não for possibilitada ao arguido a escolha de intérprete distinto daquele que é nomeado pela autoridade judiciária competente, ou se o intérprete – tanto o nomeado, como o escolhido – providenciar pela revelação das conversações havidas entre o arguido e respectivo defensor, nos termos do n.º 5 do artigo 92.º, as declarações assim obtidas não poderão valer como meio de prova, sendo qualquer uma das situações directamente correlacionada com a protecção dos mais basilares direitos de defesa do arguido.

No primeiro caso, subjaz a importância que a comunicação tem para o Direito. Efectivamente, a cominação de determinada consequência jurídica negativa irá depender, neste caso, sobremaneira do modo como ocorre a comunicação entre os intervenientes em determinada situação jurídica.

Assim, tendo o arguido ao qual se exige a intervenção de um intérprete uma confiança maior de que a pessoa que por si é escolhida melhor fará chegar aos destinatários – neste caso, sobretudo às autoridades judiciárias – da sua comunicação aquilo que pretende comunicar, não restaria outra solução que não a de fazer com que a sua exigência seja sempre e em qualquer caso cumprida. Já quanto ao segundo caso, é evidente a impossibilidade de utilização como prova das conversações sigilosas que ocorrem entre o arguido e respectivo defensor.

Num e noutro caso pretende ver-se salvaguardada – como corolário dos direitos de defesa do arguido – a integridade da comunicação prestada pelo arguido. Não nos restam dúvidas a afirmar que o modo como alguém comunica é,

---

<sup>114</sup> Sublinhado nosso.

invariavelmente, uma imagem do seu próprio ser e, muitas das vezes, do seu ser relativamente indisponível. Assim, quando o meio de prova que aqui surge – a comunicação do arguido para com outros sujeitos processuais ou a comunicação sigilosa havida com o seu defensor ou, melhor dito, o célebre *direito à palavra falada* – é fruto de uma realidade que só o sujeito que é titular deve dispor – neste caso o arguido – importa a que, tal como a qualquer outro meio de prova disponível apenas pelo respectivo titular, a prova chegue ao processo apenas, quando e como o único que dela pode dispor assim o pretender. Pense-se, desde logo, relativamente ao arguido, a amplitude que é reconhecida ao “domínio” da sua comunicação e do seu modo de comunicar, quando lhe é reconhecido constitucionalmente um privilégio à não-autoincriminação e o direito inultrapassável ao silêncio.

No seio do processo penal são reconhecidos ao arguido direitos que lhe assistem em função dessa mesma qualidade, mas outros surgem que vêm reforçar a protecção que sempre deve ser reconhecida a qualquer pessoa contra as ingerências do Estado ou de outrem – sendo, invariavelmente, o acto de constituir alguém como arguido num determinado processo penal, uma forma clara de “ingerência” na respectiva esfera pessoal. A integridade física e moral é uma dessas realidades a proteger, porque se é pessoa mas, sobretudo, porque se é arguido<sup>115</sup>.

Salvaguardando a integridade física e moral do arguido<sup>116</sup>, requisito essencial para que a sua qualidade de pessoa nunca seja afastada quando aquele intervém como meio – ainda que impróprio – de prova, vedou-se a susceptibilidade de valência como prova das declarações por aquele prestadas em violação dos limites temporais previstos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 103.º do CPP.

---

<sup>115</sup> Como não se esqueceu de evidenciar o legislador constitucional e infraconstitucional por via dos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e do 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP.

<sup>116</sup> E também, uma vez mais e em certa medida, a integridade da comunicação que este presta para com os demais sujeitos processuais.

Neste âmbito, ressalta uma vez mais a importância que tem a disponibilidade de determinadas realidades pelo arguido para que as mesmas possam valer como meio de prova, quando se refere que para além dos casos previstos no artigo 174.º, n.º 5, alínea a)<sup>117</sup>, a susceptibilidade de se ultrapassarem os limites temporais relativamente ao interrogatório do arguido só ocorrerá quando este assim o solicite.

Destacamos também, e sobretudo, que apesar de o legislador reconhecer a importância que tem a indisponibilidade da comunicação do arguido, que só ele dela pode dispor, não se esqueceu também que existem outras realidades que casuisticamente podem ser relativamente superiores aos direitos individuais do arguido – no enfoque que é dado ao artigo 174.º, n.º 5, alínea a), isto é, na importância que é dada a interesses fundamentais da colectividade ou mesmo interesses individuais de outras pessoas.

Relativamente à proibição de prova resultante do artigo 156.º, n.º 6, do CPP, uma vez mais estamos perante uma forma de protecção de direitos pessoais do arguido, *maxime* a sua integridade física e moral, bem como a livre autodeterminação do seu ser.

Como já avançámos anteriormente, suscita-nos algumas reservas – sobretudo de teor constitucional – viabilizar-se a valência como meio de prova dos exames e amostras de sangue ou de outras células corporais obtidos num determinado processo em outro processo entretanto já instaurado, bem como o facto de não se fixar um limite temporal para o surgimento do despacho do juiz que determine a destruição desses meios de prova, “logo que não sejam necessários”.

---

<sup>117</sup> Que se reporta aos casos de “*terrorismo, criminalidade violenta e altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa*”, “coincidência das coincidências”, precisamente aqueles que, da nossa parte, poderão fazer emergir uma necessidade de valoração de provas proibidas, nos termos que se irão desenvolver *infra*.

Na verdade, considerando que este meio de prova estará, via de regra, dependente de autorização do juiz – ressalvados os casos em que o visado da perícia expressamente consente na sua realização – dúvidas haverá que os fundamentos que levaram à autorização daquele meio de prova possam servir, por via de lei, para outros processos. Sendo que as nossas reservas assumem proporções maiores quando este segundo processo nada tenha que ver com o primeiro, perspectivando-se que, clamorosamente, os fundamentos que serviram à ordenação da realização daquela recolha não sirvam já para o segundo processo.

Quanto à segunda dúvida de constitucionalidade – inexistência positivada de um limite temporal para o surgimento do despacho do juiz que determine a destruição desses meios de prova, “logo que não sejam necessários” –, é de recordar que a afectação de direitos, liberdades e garantias deverá ater-se estritamente até ao ponto necessário à salvaguarda de outros interesses constitucionais, ressalvando sempre que nunca será de admitir que o núcleo essencial do respectivo direito seja afectado, podendo afirmar-se, em termos genéricos, a desproporcionalidade da presente, por violação do artigo 18.º, n.º 2, da Lei Constitucional.

Dito isto, *de jure condendo*, cremos que a referência que aquele preceito faz a “ou em outro já instaurado” seria de eliminar ou, quanto muito, de alterar na medida em que este outro processo já instaurado esteja numa intrínseca relação de proximidade com o primeiro – nos termos em que se fixam nos artigos 24.º e 30.º, do CPP, os institutos da conexão e da separação de processos –, tal como seria desejável fixar-se um limite máximo temporal à conservação destes meios de prova, ou seja, que independentemente de quaisquer circunstancialismos, devesse ser ordenada a destruição desses meios de prova quando atingido esse limite temporal máximo.

Em termos teleologicamente próximos dos acabados de expor relativamente à proibição de prova resultante do artigo 156.º, n.º 6, do CPP, como também já

fizemos avançar<sup>118</sup>, o Tribunal Constitucional fez emergir uma proibição de prova implícita ao artigo 172.º, n.º 1, do mesmo Código.

Face à proximidade que há entre os fundamentos que o Tribunal Constitucional evidenciou ao revelar uma proibição de prova implícita neste âmbito normativo e a teleologia própria do artigo 126.º do CPP<sup>119</sup>, julgamos inoportuno fazer mais considerandos neste âmbito, pois que especificamente perspectivado à abordagem de proibições de prova autónomas àquela norma.

Doutro passo, reservamos a sua análise para momento posterior, porquanto que indirectamente, consideramos que o Tribunal acolheu a susceptibilidade de se valorarem provas em afronta ao artigo 126.º<sup>120</sup>.

No âmbito dos institutos das buscas, revistas e apreensão de documentos, consideramos que o legislador reservou pouco espaço ao surgimento de proibições de prova autónomas e independentes do artigo 126.º<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> *Supra*, no ponto anterior – 2.2.2.1.

<sup>119</sup> Isso resulta sobretudo na interpretação *a contrario* do segmento daqueles Acórdãos citados que prescreve a inconstitucionalidade material do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e c), quando interpretado no sentido de admitir a valoração daquela prova, isto é, a proibição de prova, para o Tribunal Constitucional, emerge directamente do artigo 126.º, não tanto da norma que viabilizaria a recolha do meio de prova.

<sup>120</sup> *Infra*, Cap. II - §2.º - 2.3. A Jurisprudência nacional em matéria de proibições de prova.

<sup>121</sup> Ainda assim, há quem na doutrina nacional tenha procurado relacionar determinados vícios – por nós, na sua maioria, meramente procedimentais e não substantivos – à aplicação do artigo 126.º do CPP, confundindo-se os conceitos de “nulidade” e de “proibição de prova”. Por exemplo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, páginas 483 e 484 – procura arguir que a consequência da não fundamentação de um despacho autorizador de uma busca seja uma mera irregularidade processual, tratada nos termos do artigo 123.º do Código. A nosso ver, é um entendimento que enfraquece a concepção do dever de fundamentação das decisões dos tribunais, ao mesmo tempo que demonstra, em certa medida, um “aprisionamento” à literalidade dos artigos 126.º do CPP e 32.º, n.º 8, da CRP. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS terá também denotado a fragilidade argumentativa daquele ilustre autor neste ponto, referindo então que é “*contraditório que o*

Na verdade, estando cada um desses institutos edificado por densas e densificadas regras de produção de prova – e não de proibição de prova – optou-se por cominar com a nulidade à violação daquelas regras. Seja como for, como já o dissemos, mesmo que se concebam proibições de prova implícitas e independentes à teleologia das regras de produção de prova, elas redundarão sempre numa proximidade estreita como n.º 3 do artigo 126.º, assumindo-se uma vez mais inoportuna a análise das mesmas. Retomemos então às quais cabe aqui dizer alguma coisa.

Ainda assim, sobrou espaço no artigo 179.º, n.º 3, para uma regra de proibição de prova tanto independentemente das sanções típicas à violação das regras de produção de prova, como de valência independente ao artigo 126.º.

Quando se determina que não poderá valer como meio de prova a correspondência aberta pelo juiz que este não considere relevante para a prova – neste caso, o conceito de prova está num paralelismo com o conceito “objecto do processo” – obrigando-o a guardar segredo dos factos que daí tiver tomar conhecimento, ressalta uma vez mais a importância que tem a comunicação para o Direito, e o valor que a mesma assume como decorrência da integridade de cada um.

Doutro passo, o mesmo valor da comunicação revela-se também quando o acto do juiz que faz restituir a correspondência “a quem de direito” e o obriga a guardar segredo quanto aos factos “desinteressantes” para a prova não está dependente de qualquer contraditório.

Nunca é por demais dizer que, por vezes, interesses, direitos e princípios constitucionais, terão de ceder no caso concreto porque no mesmo caso concreto

---

*despacho de autorização da busca não fundamentado (ou deficientemente fundamentado) na verificação dos pressupostos legais, constitua mera irregularidade quando a falta de comunicação da busca pelo OPC ao juiz gera nulidade sanável” – Juiz das Liberdades..., op.cit., página 296. Sobre a “confusão terminológica” quanto aos conceitos de nulidade e proibição de prova, retomaremos adiante com maior desenvolvimento.*



são outros interesses, direitos e princípios constitucionais que devem assumir uma preponderância especial. Num sistema processual penal que é constitucionalmente estruturado como “bandeira” de um princípio do acusatório<sup>122</sup>, em que as exigências de contraditoriedade são o seu corolário máximo, seria porventura de se pensar que um acto que determina o afastamento de determinado objecto como meio de prova num determinado processo estaria necessária e invariavelmente sujeito ao contraditório dos diversos sujeitos processuais. Todavia, um princípio de confiança nas instituições estaduais, sobretudo daquelas que exercem poderes de soberania (como os tribunais) e, sobretudo, a protecção da integridade moral e reserva da vida privada de cada um fazem com que, neste caso concreto, as exigências de contraditoriedade cedam<sup>123</sup>.

Tal como já havíamos constatado da análise dos artigos 156.º, n.º 6 e 172.º, n.º 1, do CPP, da conjugação do n.º 7 do artigo 187.º com o 188.º, n.º 6, do mesmo diploma, surge-nos mais uma regra proibição de prova com efeitos extra-processuais, ou seja, veda-se a utilização como meio de prova, ou como outro meio fora do âmbito de qualquer processo penal, de determinadas gravações de conversações ou comunicações. Todavia, uma vez mais – da mesma forma que apontámos relativamente ao aproveitamento de exames e de dados biológicos – cumpre assinalar dúvidas de conformidade constitucional relativamente a este preceito normativo.

---

<sup>122</sup> Sobre a concepção do princípio do acusatório na transição do sistema processual penal do Estado Novo para o actual modelo de Estado, veja-se, designadamente, PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime...*, *op.cit.*, páginas 238 e seguintes. Diz-nos o autor: “Com o Código de Processo Penal de 1987 pretendeu efectivar-se o acusatório integrado pelo princípio da investigação através de um corte fundamental com a obrigatoriedade da garantia judicial da direcção da fase pré-acusatória, a anterior actividade instrutória com vista à decisão judicial transformou-se num complexo de actos teleologicamente vinculados à prolação de uma decisão sobre o exercício da acção penal pela entidade titular da função acusatória”.

<sup>123</sup> Pense-se na violência que seria fazer depender o afastamento da valoração de uma carta que continha escritos e fotografias íntimas de uma qualquer pessoa, considerada desnecessária para a prova pelo juiz – sendo a mesma objectivamente desnecessária –, do “combate” de argumentos entre acusação e defesa sobre a valência daquele objecto, estando os titulares daquela informação “serenamente” a aguardar que os outros se decidam, ao mesmo tempo que viam a sua intimidade, por termo incerto, a ser violada desnecessariamente.

Na verdade, não são só as pessoas às quais se podem realizar escutas, ou os crimes sobre os quais emerge a legitimidade de realização daquelas, o fundamento único à sua realização. Isto é, não é pelo facto de a pessoa poder ser escutada e porque o crime pelo qual é investigada legitimar a realização de uma escuta que, imediatamente, se poderá admitir o aproveitamento das escutas realizadas a esta no âmbito de outro processo.

Efectivamente, e desde logo, as razões que levaram o juiz num processo a admitir a realização das escutas poderão não ser, para o julgador no segundo processo, fundamento suficiente à validação e/ou realização de escutas neste segundo processo<sup>124</sup>. O despacho que ordena a realização de uma escuta telefónica não poderá transfigurar-se num “carimbo” de legitimidade de valência desse meio de prova para outros processos entretanto instaurados.

Defendemos, assim, que tanto o despacho do juiz do primeiro processo que viabiliza a passagem de certidão das gravações entretanto recolhidas para um segundo processo, como o despacho do juiz do segundo processo que as recebe, devem ser especialmente fundamentados na parte relativa à legitimidade de transposição deste meio de prova de um processo para o outro. Ao mesmo tempo, em identidade de razão ao que concebemos anteriormente relativamente aos artigos 156.º, n.º 6 e 172.º, n.º 1, do CPP, será de acolher uma interpretação das normas ora em análise que vá ao encontro de admitir a valência das escutas num segundo momento quando este outro processo já instaurado esteja numa intrínseca relação de proximidade com o primeiro – nos termos em que se fixam nos artigos 24.º e 30.º, do CPP, os institutos da conexão e da separação de processos.

Ainda que determinados princípios jurídicos próprios do processo penal tenham uma conexão mais estreita com determinadas fases e alturas do processo, não deixam, por isso, de assumir também uma certa relevância em momentos distintos. Não há quem negue que os princípios da imediação e da oralidade são substancialmente mais relevantes na fase de julgamento do que em momentos

---

<sup>124</sup> Revelando-se aqui a identidade de razão relativamente ao aproveitamento de exames e de vestígios biológicos obtidos num processo em outro processo entretanto instaurado.

anteriores do processo penal, por ser a fase em que a prova é produzida e valorada e em que, a final, se decidirá, em conformidade com a prova realizada, qual o desfecho do processo.

No entanto, é possível encontrar reflexos da importância destes princípios noutros momentos, ou seja, entendemos que os princípios da imediação e da oralidade, sem prejuízo da importância que têm no âmbito do julgamento, são princípios-base para o sistema processual penal português, pelo que a sua relevância não poderá ser espartilhada em determinado contexto isolado, antes perspectivada em termos amplos.

Prevendo o artigo 96.º, n.º 1, que “*salvo quando a lei dispuser de modo diferente, a prestação de quaisquer declarações processa-se por forma oral, não sendo autorizada a leitura de documentos escritos previamente elaborados para aquele efeito*” e não tendo o legislador estatuído qualquer consequência à violação do referido comando, é da máxima importância encontrar essa consequência, sob pena de se considerar seriamente ameaçada a subsistência daqueles princípios referidos *supra*.

Porque as nulidades processuais são taxativas e expressamente cominadas no Código, seria certamente incongruente defender a existência de uma qualquer nulidade quando violado o artigo 96.º, n.º 1, do CPP. Doutro passo, em termos substantivos, estando em causa uma regra de produção de prova que, ao contrário de outras, não é uma mera formalidade processual, antes sendo um corolário daqueles princípios, na medida em que salvaguarda a autenticidade das declarações prestadas, que não será certamente a mesma se se admitisse que estas fossem previamente preparadas.

Na verdade, como já afirmou o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 11/2008, “*na prova há coisas que, necessariamente, se têm de apreciar directamente, e há outras que não necessitam de ser apreciadas da mesma maneira, pois estão numa relação mais directa com a apreciação e valoração de verosimilhança*”. E reportando-se directamente à credibilidade e autenticidade da prova, destacamos também que

*“Sem dúvida que a imediação torna possível, na apreciação das provas, a formação de um juízo insubstituível sobre a credibilidade da prova; das razões que se podem observar, no exame directo da prova, para acreditar, ou não acreditar, na mesma. Significa o exposto que a imediação é o meio pelo qual o tribunal realiza um acto de credibilização sustentada sobre determinados meios de prova em relação a outros”.*

E este “acto de credibilização sustentada” da prova tem uma relevância preponderante relativamente à prestação de declarações orais, exigindo-se assim, por parte do “declarante”, um discurso directo sobre os factos e não uma leitura de exposições propositadamente concebidas para aquele efeito<sup>125</sup>.

Dito isto, se a autoridade judiciária que preside o acto em que serão realizadas as declarações se depare com a susceptibilidade de leitura de documentos previamente elaborados para aquele feito, nos termos do artigo 96.º, n.º 1, do CPP, e da proibição de produção de prova aí aparentemente implícita, deve aquela obstar à realização dessas declarações.

Todavia, ao realizarem-se nestes termos, isto é, não sendo cumprida a proibição de produção prova ora elencada, emergirá, eventualmente, uma proibição de valoração de prova, por força da salvaguarda do princípio da imediação e do completo descrédito que, à partida, deverá merecer a prova assim produzida.

Relativamente ao depoimento testemunhal indirecto, onde também sobressai a importância do princípio da imediação da prova, nos termos do n.º 1 do artigo 129.º do Código, *“se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas”.*

---

<sup>125</sup> Sem prejuízo da possibilidade da testemunha se socorrer de apontamentos pessoais por razões de “avivamento” da memória, por exemplo.

Neste âmbito, por força de uma outra questão que também importa abordar neste estudo – da problemática do efeito-à-distância –, enveredaremos por problematizar a proibição de prova ora apresentada não na perspectiva da salvaguarda do princípio da imediação – que é por demais evidente –, mas antes na óptica de recusa de uma teoria segundo a qual o efeito-à-distância das proibições de prova opera invariavelmente e em qualquer caso, seja qual for o seu fundamento.

Como deixámos antever *supra*, é-nos árdua, sobretudo quando suportada pelo regime das nulidades processuais penais, a afirmação do chamado efeito-à-distância das proibições de prova. Esta norma é a nosso ver, salvo opinião contrária e fundada, a demonstração do aproveitamento que deve ser alcançado na actividade de aplicação normativa.

Quando o referido preceito refere que emerge uma proibição de prova tão-só quanto à parte do depoimento que se possa qualificar de depoimento indirecto, demonstra-se, desde logo, que não é imediata a chamada “contaminação” da prova que está numa ligação com a prova proibida. Por outro lado, a validade de determinado meio de prova decorre da prova *per se*, e não da relação que esta tem com outras provas – por identidade de razão, o mesmo se dirá já não quanto à validade da prova, mas quanto à sua invalidade.

Já no n.º 3 estatui-se que se “*não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos*”<sup>126, 127</sup>.

Retornando a questão da salvaguarda da imediação e da oralidade, relativamente ao meio de prova de reconhecimento de pessoas, nos termos do artigo 147.º, n.º 5, “*o reconhecimento por fotografia, filme ou gravação realizado*

---

<sup>126</sup> Sendo que neste âmbito, tal qual se refere o n.º 1 do artigo 129.º, a proibição de prova emergirá tão-só quanto ao segmento do depoimento que se considere que resulta do “do que se ouviu dizer”.

<sup>127</sup> Idêntica proibição de prova, e pelas mesmas razões que se desenvolverão de seguida, resultará relativamente às vozes ou rumores públicos, previstos no artigo 130.º, n.º 1.

*no âmbito da investigação criminal só pode valer como meio de prova quando for seguido de reconhecimento efectuado dos termos do n.º 2” do mesmo artigo*<sup>128</sup>.

Reforçando a proibição de prova por violação das regras relativas ao reconhecimento de pessoas e consequente impossibilidade de utilização da prova, prescreve o n.º 7 do mesmo artigo que “*o reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer*”<sup>129</sup>. O mesmo é dizer que no primeiro caso está só em causa o reconhecimento por fotografia, filme ou gravação realizado no âmbito da investigação criminal, enquanto no número 7 se fixa uma proibição de prova genérica resultante da violação das regras de produção de prova relativas ao reconhecimento.

Da mesma forma que já reforçámos anteriormente, característica a preservar em sede de produção de prova é a autenticidade da mesma. A salvaguarda do princípio da imediação assim o exige, e a estrutura de um sistema processual penal orientado à busca da verdade material o aconselha.

As proibições de prova directamente relacionadas ao reconhecimento de pessoas e/ou de objectos derivam dessa finalidade, pois que ao serem consignadas formalidades precisas na produção deste meio de prova, procura-se um equilíbrio entre a demonstração de um facto passado – aquilo que caracteriza qualquer acto de produção de prova – e a constatação de um facto presente à partida directamente relacionado com o facto passado – isto é, por meio do

---

<sup>128</sup> Nos termos do n.º 2 do artigo 147.º do CPP, “*se a identificação não for cabal, afasta-se quem dever proceder a ela e chamam-se pelo menos duas pessoas que apresentem as maiores semelhanças possíveis, inclusive de vestuário, com a pessoa a identificar. Esta última é colocada ao lado delas, devendo, se possível, apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento. Esta é então chamada e perguntada sobre se reconhece algum dos presentes e, em caso afirmativo, qual*”.

<sup>129</sup> E esta proibição de prova emergente da violação de uma regra de produção de prova, vale nos precisos termos que no reconhecimento de pessoas para o reconhecimento de objectos, conforme decorre do artigo 148.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

reconhecimento, determinada pessoa afirmar que aquilo que vê hoje é aquilo que viu ontem.

É este equilíbrio que garantirá que, a final, a prova “recollida” por este meio de prova nas fases anteriores ao julgamento chegue a esse momento merecida de crédito e posteriormente possa ser relevante para efeitos de valoração de prova e fundamentação da sentença<sup>130</sup>.

Relativamente ao segredo de Estado, por via do artigo 137.º, do CPP, o legislador optou por fixar outra limitação à descoberta da verdade material. Aqui, como noutras das proibições de prova autónomas que temos vindo a desenvolver, a marca central do regime não está na protecção de quaisquer direitos fundamentais, antes estando no afastamento ao poder cognitivo do tribunal e restantes sujeitos processuais de uma determinada matéria: aquela que está ao coberto pelo segredo de Estado.

Relativamente a esta matéria, há a realçar uma vez mais o facto de legislador ter feito surgir uma preocupação marcadamente direccionada à protecção de interesses colectivos da comunidade, ao invés do que sucede relativamente às proibições de prova do artigo 126.º, do CPP.

Orientando agora, por fim, a análise de concretas proibições de prova com a defesa do princípio do acusatório, como vimos e apontámos, no âmbito do regime das escutas telefónicas, nos termos do n.º 9 do artigo 188.º, “*só podem valer como prova as conversações ou comunicações que: a) o Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a intercepção e a gravação e indicar como meio de prova na acusação; b) o arguido transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação; ou c) o assistente transcrever a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo previsto*

---

<sup>130</sup> Valendo o mesmo raciocínio para os casos em que esta diligência de prova se realiza em julgamento, algo que desde 2007 se tornou indubitavelmente possível, por força do n.º 7 elencado *supra*.

*para requerer a abertura da instrução, ainda que não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito”.*

Neste âmbito específico, haverá que tomar em apreço, também, a norma do artigo 190.º do CPP, que determina que os “*requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade*”.

Como já abordámos, o legislador nacional promoveu uma indesejável confusão entre os conceitos de “nulidade” e “proibição de prova”. Por outro lado, granjeando uma aplicação coerente do sistema e não tendo sido balizadas as esferas de actuação de um e outro conceito, vimos também que a doutrina nacional mais actual tem procurado reconduzir à violação de formalidades estritamente de índole processual a consequência da nulidade, reservando a proibição de (valoração) de prova à violação de regras de conotação material e substantiva, normalmente arreigadas à protecção dos direitos fundamentais do arguido, mas também verosímil de relação com interesses colectivos, *maxime* com os princípios estruturantes do Processo Penal.

Dito isto, importa então afirmar que, considerando que o que está na base da previsão da norma ínsita ao artigo 188.º, n.º 9, do CPP, é a salvaguarda da matriz acusatória do sistema processual penal, aliada à salvaguarda dos direitos de defesa do arguido, pouco sentido faria se, da nossa parte, fosse aceite uma relação directa entre essa norma e o artigo 190.º.

Na verdade, sem prejuízo de se admitir que a previsão normativa em causa determina específicos processos na actuação dos diversos sujeitos processuais, o que está em causa é muito mais que a disciplina processual dessa mesma actuação.

Efectivamente, ao exigir-se, por exemplo, a transcrição das específicas passagens das escutas que se desejam valentes como prova para efeitos de julgamento, o que se procura é que os sujeitos processuais, leais na sua actuação, cedam para o debate próprio de um processo estruturado numa matriz acusatória que promove um contraditório sempre que possível e desejável quanto a todos os



meios de prova, os elementos concretos que desejam que sejam alvo de concreto debate, ao mesmo tempo que afasta ao poder cognitivo do tribunal aquilo que reputado como irrelevante para os demais sujeitos processuais.

Por último, nos termos do artigo 355.º, n.º 1, do CPP, *“não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”*, fixando-se a mesma regra sem prejuízo da leitura, visualização ou audição de actos processuais nos termos permitidos nos artigos subsequentes (n.º 2 do mesmo artigo). Esta é, como já o dissemos, o expoente máximo das proibições de prova dispersas no Código e autónomas do artigo 126.º, do CPP.

A importância deste ponto do nosso estudo resulta das conclusões comuns que se irão formular e que ressaltam de cada uma das proibições de prova referidas, onde destacamos a importância da fixação de regras casuístico-normativas de proibição de prova; o facto de raramente ser utilizado o conceito de nulidade, sendo utilizadas, ao invés, expressões como “impossibilidade de utilização” ou de “não valência como prova”.

Assim, da análise conjunta de cada uma das proibições de prova dispersas que apontámos – que, repita-se, não pretendeu ser exaustiva, antes suficientemente desenvolvida ao ponto de se poderem extrair as conclusões que ora enunciaremos – somos de apresentar as seguintes conclusões:

i. Não se “fulminando” com uma qualquer nulidade à violação de determinados direitos ou interesses, individuais ou colectivos, nas situações onde o que deveria estar verdadeiramente em causa e enunciado seria uma proibição (de produção e valoração) de prova, evitar-se-ia, em primeiro lugar, a confusão entre conceitos que, como vimos, na sua essência, são incompatíveis;

ii. O reconhecimento de proibições de prova dispersas no Código, dispensando o recurso à aplicação do artigo 126.º, não resulta, de modo algum, no enfraquecimento dos direitos e interesses visados pelas respectivas proibições de prova;

iii. A consagração dispersa dessas mesmas proibições de prova, numa lógica de coerência e unidade de todo o sistema, que não deve promover a absolutização de determinados interesses, mas a relativa preponderância casuística, assegura, na prática, uma conformação mais capaz dos mesmos, ao invés do que consegue uma qualquer pré-resolução desses conflitos;

iv. Os direitos individuais reconhecidos como carentes de protecção, *primo*, pelo artigo 32.º, n.º 8, da CRP e, seguidamente, pelo artigo 126.º, do CPP, conseguem também ser devidamente acautelados pelo reconhecimento autónomo que o texto constitucional lhes confere, bem como pela dispersão de proibições de prova no mesmo Código.

v. A realidade das proibições de prova, diferentemente do que sucede com a realidade das invalidades processuais, confere um espaço de actuação mais “ágil” e menos “amarrado” do poder jurisdicional, não o obrigando a quaisquer “malabarismos semânticos”, que não são mais que fraude, permitindo ao mesmo poder uma conformação correcta de interesses constitucionais conflituantes, tendo em atenção as exigências que só o caso concreto pode evidenciar e que o legislador não poderia ter previsto.

### **2.2.3. O regime das nulidades de prova e a problemática do *efeito-à-distância***

No âmbito da densificação que o legislador constitucional procurou promover no âmbito das proibições de prova, bem como na concretização que o legislador infraconstitucional consignou relativamente àquela norma da Lei Fundamental – o artigo 32.º, n.º 8, da CRP, concretizado no CPP via artigo 126.º – a cominação com a nulidade da violação das regras instituídas relativamente a esse mesmo instituto – das proibições de prova – foi prevista num e noutro plano normativo.

Para que não restem dúvidas relativamente ao nosso entendimento quanto ao sentido a dar à referida *nulidade probatória*, a nulidade cominada na norma constitucional e no artigo 126.º, do CPP, é uma nulidade diferente das típicas

nulidades<sup>131</sup>, v.g., as que são referidas no artigo 120.º do Código<sup>132</sup>. Vejamos então em que termos.

Como vimos, o legislador constitucional estatuiu no artigo 32.º, n.º 8, que a utilização de meios de obtenção de prova atentatórios dos direitos fundamentais aí elencados conduz, por via de regra, à nulidade da prova dessa forma recolhida. A referência que o legislador constitucional faz ao termo “nulidade” quis expressar a gravidade do vício que está em causa quando uma prova é “recolhida” mediante tortura de uma pessoa, violação da sua integridade física e/ou moral, entre outras.

No entanto, pese a meritória defesa dos direitos fundamentais que o legislador constitucional procurou promover ao cominar a nulidade da prova que

---

<sup>131</sup> Em sentido convergente ao nosso e ao exposto na nota subsequente, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, op.cit., página 297: “Efeito típico tradicionalmente atribuído à nulidade de um acto é a invalidade do mesmo, enquanto a nulidade de prova se traduz, na sua acepção mais comum (sentido literal e imediatamente apreensível), na proibição da utilização dos elementos recolhidos pelo acto proibido. É certo que nos exemplos em referência a nulidade do acto terá de ser arguido e é sanável, por contraposição à nulidade ou proibição de prova de conhecimento oficioso”.

<sup>132</sup> No mesmo sentido, JOÃO CONDE CORREIA, “Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades processuais penais”, em *BFDUC*, Coimbra, 1999, página 104. Sintomático quanto à não equivalência dos conceitos de “nulidade” e “proibição de prova” é a seguinte passagem do Autor: “Na doutrina civilista a invalidade reconduz-se às nulidades e, para aqueles que a defendem, à inexistência. (...) Já no direito processual penal, ao lado da inexistência jurídica e das nulidades, que na linguagem quotidiana quase esgotam o tema, a doutrina costuma apresentar a decadência, a preclusão, a inadmissibilidade e as proibições de prova, deixando de fora apenas as irregularidades.” E ainda do mesmo Autor, página 109: “Ainda assim, os vícios relativos à matéria da prova devem distinguir-se consoante respeitem à obtenção ou valoração de uma prova admissível, mas conseguida sem a observância das formalidades legais. O mesmo é dizer em violação das chamadas regras de produção de prova que procuram apenas disciplinar o procedimento, os meios e os métodos de prova, no sentido de assegurar a sua realização. Naquela situação as provas não podem ser valoradas, excepto se outra for a solução escolhida pelo legislador. Neste caso os actos de recolha, produção ou valoração são inexistentes, nulos ou irregulares de harmonia com as sanções previstas no ordenamento jurídico. De modo que estes ainda podem ser aproveitados e, em consequência, as provas valoradas, se entretanto ocorrer alguma sanção”. Sobre a adjectivada “falta de coerência legislativa”, veja-se também, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, op.cit., página 297 e seguintes.

haja sido obtida mediante a violação daqueles, grandes dificuldades em termos dogmáticos – e, sobretudo, em termos práticos – se ergueram face à posição do legislador constitucional em recorrer ao termo nulidade<sup>133</sup>.

Recorde-se também, em reforço desta argumentada “desnecessidade” de inclusão do conceito de nulidade no texto constitucional, que a proposta inicial de redacção do actual 32.º, n.º 8, da CRP, previa, ao invés da expressão “nulas”, a expressão “proibidas”<sup>134</sup>.

Perguntamos então: ficariam esses mesmos direitos fundamentais – os que são visados no artigo 32.º, n.º 8, CRP – absoluta ou relativamente desprotegidos se a Lei Fundamental não criasse uma norma como aquela, em que se procura “atestar” a nulidade da prova obtida mediante a sua violação? Do nosso ponto de vista, de forma alguma.

Desde logo, porque esses mesmos direitos fundamentais – a vida, a integridade física e moral, a intimidade da vida privada, entre outros – já tinham um reconhecimento exposto da sua protecção por via de outras normas

---

<sup>133</sup> Dificuldades dogmáticas geradas pela falta de rigor conceptual já anteriormente destacadas por outros autores, como PAULO DÁ MESQUITA: “*As culturas jurídica e judiciária associadas à fluidez terminológica geraram dificuldades na adaptação à dogmática das proibições de prova*”, *A prova do crime...*, *op.cit.*, página 158. Mais adiante destacaremos também a crítica feita por JOÃO CONDE CORREIA relativamente a este ponto.

<sup>134</sup> Tendo destacado essa mesma alteração do texto inicial, refere PAULO DÁ MESQUITA que “*no texto aprovado pela Assembleia Constituinte tais provas passaram a ser cunhadas como «nulas», em sintonia com uma terminologia mais corrente, na tradição jurídico processual portuguesa. O texto constitucional foi impressivo não por renunciar a esses meios de averiguação mas pelo sancionamento drástico e impressivo autónomo do cumprimento de procedimentos formais, independentemente do relevo que tais elementos adquiridos apresentem na descoberta da verdade material*” – *A prova do crime...*, *op.cit.*, Nota 65, página 269. Da nossa parte, corroborando na íntegra o excerto ora citado, centramos no entanto a preocupação não tão-só na verdade material isoladamente considerada, mas antes nos interesses colectivos constitucionalmente estruturantes do processo penal, onde aquela se integra.

constitucionais – pense-se nos artigos 24.º, 25.º, 26.º e 34.º, todos do texto constitucional<sup>135</sup>.

Por outro lado, todos esses direitos decorrem já de uma noção de Estado de Direito, assente na protecção da dignidade da pessoa humana, que a Constituição logo reconhece nos seus artigos 1.º e 2.º. E ainda, e como a prática o demonstra, em determinadas matérias, será mais coerente deixar uma “margem de manobra” ao legislador infraconstitucional para determinar em que termos e em que modo se deve concretizar determinado instituto jurídico – estamos assim a pensar, concretamente, no instituto das proibições de prova.

Por força do que o legislador constitucional determinou no artigo 32.º, n.º 8, o legislador infraconstitucional viu-se forçado a concretizar essa mesma norma no CPP da forma que melhor lhe pareceu não afrontar aquela, determinando então a nulidade das provas obtidas mediante a violação daqueles direitos, em termos praticamente idênticos aos que foram consignados no texto constitucional, através da norma contida no artigo 126.º.

Do nosso ponto de vista, melhor teria sido a solução que fosse ao encontro do que se consagrou na ordem jurídica alemã – de onde a nossa ordem jurídica desde há muito recebe uma influência marcante. Não consta da lei fundamental alemã nenhuma norma que equivalha àquela que nós encontramos no artigo 32.º, n.º 8 da nossa Lei Fundamental. Entendeu o legislador constitucional alemão – e a nosso ver, bem – que deveria ser deixado ao legislador e ao intérprete do Direito – *maxime*, aos Tribunais – o espaço devido de conformação relativamente às regras de proibição de prova. Foi por via disso, e como já apontámos *supra*, que toda a dogmática alemã referente às proibições de prova foi desenvolvida pelos tribunais

---

<sup>135</sup> Veja-se, entre outros, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 323, quando a autora expressamente refere que “A proibição de obtenção de provas para o processo criminal por meios proibidos resulta directamente dos preceitos constitucionais contidos nos arts. 24º, 25º, 26º e 34º”. Como propomos, em certa medida, haverá que se qualificar a norma contida no artigo 32.º, n.º 8, CRP, como desnecessária e seriamente problemática – por muito que o “garantismo” que o Processo Penal deva promover seja um interesse constitucional a salvaguardar.

superiores *na orla* dos direitos fundamentais que essas mesmas proibições visavam (e visam) salvaguardar.

Não sendo insuficiente a imprudência cometida pelo legislador constitucional ao criar uma norma relativamente às proibições de prova, o legislador infraconstitucional – e por decorrência, os tribunais – conseguiu dificultar ainda mais os problemas interpretativos / aplicativos suscitados por aquela “desnecessidade normativa” que é o artigo 32.º, n.º 8<sup>136</sup>.

Como já foi arguido há muito por JOÃO CONDE CORREIA, “*Acontece porém que, certamente por força da terminologia constitucional, o legislador processual penal utiliza muitas vezes o termo «nulidade» querendo significar uma verdadeira proibição de prova. Só que esta utilização do termo num sentido técnico, para além de ser incorrecta do ponto de vista dogmático, tem ainda o inconveniente de suscitar dúvidas interpretativas, com consequências desastrosas ao nível da tutela dos direitos, liberdades e garantias individuais*”<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Como veremos adiante, a consagração constitucional da norma vertida no artigo 32.º, n.º 8, suscitará alguns problemas teóricos e, sobretudo, práticos, na correlação com outras normas constitucionais e, ainda mais, com determinados princípios estruturantes do Estado de Direito. Sem dar um significado preciso ao conceito de *direito natural* de forma a não se comprometer com nenhuma posição, apelando sobretudo a uma ideia de princípios gerais / estruturantes de Direito, OTTO BACHOF refere qual a consequência de uma norma constitucional atentatória desses mesmos princípios: “*Se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural e*” (...) “*carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica*” – *Normas constitucionais...*, *op.cit.*, páginas 62 e 63. Caracterizando a força desse mesmo direito supralegal, continua o mesmo Autor: “*O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude do seu carácter incondicional, o direito constitucional que é apenas direito positivo, razão por que aqui – mas também só aqui – a ponderação da importância das normas constitucionais diferentes, em confronto umas com as outras*” (...) “*se mostra justificada*”. Ainda sem nos desenvolvermos relativamente ao nosso entendimento quanto à susceptibilidade de existirem normas constitucionais com diferente valor ou força vinculativa, adiantamos que não nos choca um entendimento que sufrague a possibilidade de fazer *recuar* determinada norma, ainda que constitucional, para que outra *avance*.

<sup>137</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “Contributo...”, *op. cit.*, página 159.

Avançando: reconheceu-se que os conceitos *nulidade* e *proibição de prova* (de produção ou de valoração) não seriam sinónimos. Assim, ficou estatuído no artigo 118.º, n.º 3, do Código, que “*As disposições do presente título*” – Título V (Das Nulidades) – “*não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova*”.

Mas posteriormente são repostas as dificuldades aplicativas que o legislador constitucional inadvertidamente promoveu.

Assim, consagrou-se no artigo 126.º, n.º 1, do CPP, que “*São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*” – densificando o n.º 2 do mesmo preceito de que forma deve ser entendida a ofensa à integridade física ou moral da pessoa –, cominando o n.º 3 com a mesma nulidade e impossibilitando a sua utilização em processo penal, “*ressalvados os casos previstos na lei*” (...), “*as provas obtidas mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular*”.

E quando num lado é dito que o regime das nulidades não prejudica o regime das proibições de prova (artigo 118.º, n.º 3) e, noutro lado, se afirma – aparentemente – que nulidades e proibições de prova são uma e a mesma coisa (artigo 126.º, n.ºs 1 e 3), de forma dispersa pelo Código adensou-se um problema que já era suficientemente premente só da aplicação destas duas normas.

Importa ter presente que, em sintonia com a doutrina nacional citada até aqui, que o regime das invalidades e o regime das proibições de prova, por pontos de contacto que se admitam que possam ter um e outro, são regimes incompatíveis, porque com teleologias distintas sobretudo, mas também porque com consequências distintas na sua aplicação.

Relativamente às nulidades referentes ao artigo 119.º a 122.º do Código, o legislador consignou uma diferenciação entre nulidades insanáveis e nulidades sanáveis, fixando momentos distintos quanto à arguição das últimas. Nulidades

insanáveis são nulidades de conhecimento oficioso, cognoscíveis até ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Por outro lado, nulidades sanáveis poderão ser ou não conhecidas *ex officio* – por via de regra, haverá um “ônus” de arguição – cabendo a sua arguição e/ou conhecimento em momentos oportunos dentro do processo em que se inserem, sob pena de “consolidação” do vício – o que era inválido deixa de o ser.

Já a proibição de prova (incorrectamente apelada de *nulidade probatória*) deverá ser entendida como uma consequência dogmaticamente autónoma à prevista para a nulidade insanável<sup>138</sup> – e aqui importa ter em atenção o rigor necessário à distinção entre *regras de produção de prova* e *regras de proibição de prova* – uma vez que arguível (ou cognoscível *ex officio*) mesmo após o trânsito em julgado da decisão condenatória<sup>139</sup>.

Por outro lado, enquanto as verdadeiras nulidades têm de ser expressamente consignadas na lei positiva, sob pena de se atentar contra o princípio da segurança jurídica, decorrência imediata da ideia de Estado de Direito Democrático, não somos de recusar a ideia de proibições de prova implícitas – já tendo tentado demonstrar a existência de algumas no ponto anterior do presente estudo – atendendo aos próprios interesses que se visam acautelados por estas, em contraposição às primeiras, que devem ser especificamente orientadas à salvaguarda da disciplina processual.

---

<sup>138</sup> Neste sentido, designadamente, o já aqui citado Acórdão do STJ, de 3 de Março de 2010, onde se pode ler que “As proibições de prova dão lugar a provas nulas (artigo 32, n.º 8, da Constituição da República). Porém, em nosso entender, **a nulidade das provas proibidas obedece a um regime próprio, distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável**. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a sua privacidade” (sublinhado e destaque nosso).

<sup>139</sup> Estamos aqui a pensar, concretamente, no recurso extraordinário de revisão de sentença transitada em julgado, por via da aplicação do artigo 449.º, n.º 1, alínea a), d) e e) do CPP. Não nos bastamos com a referência à alínea e), uma vez que, como vimos, existem proibições de prova distintas das previstas no artigo 126.º, bem como autónomas a estas – julgamos que as alíneas a) e d) poderão suprir essa referência exclusiva ao artigo 126.º da alínea e). Em alternativa, dever-se-á considerar uma interpretação extensiva e teleológica dessa alínea e), por força a abranger proibições de prova distintas das que constam do 126.º, mas que têm igual “peso” normativo.



Relativamente a esta ideia de proibições de prova implícitas diremos também que, tomando em consideração o artigo 125.º, do CPP, que admite a valoração de provas “*que não forem proibidas por lei*”, entendemos que há uma desnecessidade de a proibição ser expressa, isto é, não é necessário que se diga de forma clamorosa que “é proibida a prova *x*”. “Provas proibidas por lei” é sinónimo de proibição de prova que decorre da lei, e isso é, necessariamente, muito mais que a mera recondução à letra da lei.

Assim, sempre caberá afirmar sem qualquer incerteza que “*as regras gerais sobre as nulidades processuais penais não se aplicam às proibições de prova*”<sup>140</sup>.

Explicadas que estão as diferenças essenciais entre as nulidades e as proibições de prova, avancemos ao que ora nos interessa: a problemática do efeito-à-distância das proibições de prova.

A favor da negação do efeito-à-distância é utilizado, via de regra, um raciocínio de índole político-criminal. Para aqueles que negam o efeito-à-distância da proibição de prova, a aceitação desse efeito conduziria a impossibilidade de combate à criminalidade, um obstáculo inaceitável à descoberta da verdade<sup>141</sup>. Por outro lado, a favor do efeito-à-distância, afirma-se que este é a expressão máxima da *ratio* das regras de proibições de prova e que, sem ele, aquelas perderiam toda a sua operatividade, sendo enfraquecida de forma considerável a tutela dos direitos fundamentais do arguido, como objectivo primordial do regime das proibições de prova.

Uma vez que estamos a abordar um efeito “tipicamente” relacionado com as proibições de prova, vejamos o que o artigo 126.º, do CPP, nos oferece dizer em relação a um qualquer efeito-à-distância. Segundo o mesmo, a única prescrição

---

<sup>140</sup> Com referência ao artigo 118.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, JOÃO CONDE CORREIA, “Contributo...”, *op. cit.*, página 156.

<sup>141</sup> Sobre a recusa de uma extensão automática da proibição de prova às provas mediatamente relacionadas com determinado vício anterior, veja-se *supra*, Capítulo II – §1.º – 1.1. O modelo norte-americano.

que encontramos é a de impossibilidade de utilização das provas proibidas, não fazendo qualquer menção expressa ao que acontece quanto às que derivam daquelas.

A maioria da doutrina portuguesa tem recorrido à aplicação do artigo 122.º CPP nesta matéria (“Efeitos da declaração de nulidade”), que nos diz: “As nulidades tornam inválido o acto que se verificarem, bem os que dele dependerem e aquelas que puderem afectar”. Isto, apesar do artigo 118.º, n.º 3 prescrever que “as disposições do presente título” – das nulidades – “não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”, o que é o mesmo que dizer que a dita nulidade resultante da violação das proibições de prova, assume-se como um regime especial nesta matéria, ou seja, não seria defensável a aplicação do art. 122.º, n.º 1 às proibições de prova – a nulidade prescrita para a violação das proibições não é uma verdadeira nulidade em sentido “técnico-processual”, sendo com maior rigor um comando específico de “impossibilidade de utilização”<sup>142</sup>.

Neste sentido, alertou HELENA MOURÃO: “o facto é que a orientação doutrinária que recorre ao regime das nulidades processuais para preencher o regime das proibições de prova não esclarece exactamente em que medida o faz e em que medida o rejeita. Parece, pura e simplesmente, seleccionar do regime das nulidades as normas que favorecem a protecção de direitos fundamentais e afastar o que não tem esse efeito. Contudo, tal significa que o regime das nulidades não é, na sua globalidade, o mais adequado a tal protecção”<sup>143</sup>.

Não resulta, taxativamente, nem do Código nem da Constituição um efeito-à-distância em matéria de proibições de prova. Parecendo-nos, assim, admissível formulá-lo como implicitamente consagrado num e noutro. Contudo, ressalva seja feita que aqui, mais do que relativamente à prova primária, o princípio da ponderação de interesses poderá justificar a exclusão desse efeito.

---

<sup>142</sup> Atendendo ao que já foi por nós abordado em *A admissibilidade...*, *op.cit.*, página 33.

<sup>143</sup> HELENA MOURÃO, “O Efeito-à-distância...”, *op.cit.*, página 594

O combate aos crimes mais graves e à criminalidade altamente organizada são também tarefas essenciais do Estado de Direito Democrático e também uma forma de protecção de direitos fundamentais, razão pela qual só nesses termos admitiremos o efeito-à-distância, como decorrência implícita da matriz de regime das proibições de prova<sup>144</sup>.

### **2.3. A Jurisprudência nacional em matéria de proibições de prova**

Ao contrário do que se verifica na ordem jurídica alemã, na qual a jurisprudência – e sobretudo a jurisprudência constitucional – delineou em certo modo o instituto das proibições de prova, ou do que demonstrámos relativamente ao ordenamento norte-americano, no qual a função jurisdicional é entendida de forma ampla, sendo inquestionável a sua faculdade de criar Direito – mais do que ditar o Direito (*juris dictio*) –, a jurisprudência portuguesa, presa a determinadas concepções passadas, tem-se demonstrado algo incongruente na aplicação das regras das proibições de prova.

Temos vindo a tentar demonstrar que se o CPP tivesse assumido uma separação clara entre aquilo que é uma mera formalidade, *maxime* uma regra de produção de prova, e aquilo que é uma regra de proibição de prova, reservando a cominação de nulidade para os vícios no cumprimento dessas regras às primeiras e, conseqüentemente, deixando um espaço clara e definidamente livre de actuação para que o julgador, perante uma violação de uma qualquer proibição de produção de prova, optasse, em cumprimento do Direito e no alcançar de um ideal máximo de justiça, qual a consequência devida à mesma, aqueles problemas não se suscitariam. Pelo menos, não nos mesmos termos.

Aquela separação – entre as regras de produção de prova, por um lado, e as regras de proibição de produção ou de valoração de prova, por outro lado – impõe-se por várias ordens de razão.

---

<sup>144</sup> RUI COSTA PEREIRA, *A admissibilidade...*, *op.cit.*, página 34.

Desde logo, sinteticamente, se atentarmos à *ratio* de cada uma delas – sendo este, por nós, o critério essencial justificante à sua diferenciação de tratamento, em todas as fases da sua aplicação – constatamos que, relativamente às primeiras, são preocupações de ordem adjectiva, de “formatação” do processo, que subjazem às mesmas; por outro lado, relativamente às segundas, são ordens de razão de natureza substantiva que fundaram e fundam o respectivo regime: a protecção dos direitos fundamentais do arguido e a protecção dos princípios estruturantes do Processo Penal.

Por esse facto, porque se reportam a uma matriz e teleologia distintas, a aplicação dada a cada uma deveria ser também ela distinta, sobretudo quando tomamos em consideração a consequência da violação de umas e de outras, parecendo que o legislador optou por atribuir a mesma consequência – a cominação com a nulidade – à violação de ambas. E isso denota-se sobretudo da aplicação que os tribunais têm feito de ambos os regimes.

Na verdade, “*as regras de produção da prova – cf., v.g., o art. 341.º do CPP – visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração. As regras de produção da prova configuram «meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor».* Umas vezes pré-ordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos”<sup>145</sup>.

As (regras de) proibições de prova, por seu turno, um pouco na lógica já aqui referenciada de MANUEL DA COSTA ANDRADE, assumem-se sobretudo

---

<sup>145</sup> Conforme se pode ler do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 2 de Abril de 2008, Processo n.º 08P578.

como “barreiras” na actividade lógico-dedutiva de produção e valoração da prova. Quer-se com isto significar que, independentemente do modo como o legislador determina o procedimento na produção de prova, a proibição (de produção ou de valoração) de prova é antes uma consequência da verificação de determinados pressupostos que são, via de regra, erguidos na protecção dos direitos fundamentais do arguido, não necessariamente algo mais que uma regra de produção de prova mas, certamente, algo distinto, na medida em que não são meras regras ordenadoras dos trâmites processuais devidos no âmbito da produção de prova.

Por uma questão sistemática e, sobretudo lógica, seria conveniente que o legislador tivesse optado por uma separação clara entre umas regras e outras, nomeadamente através da tipificação expressa das primeiras – visto que, como já viemos adiantando, recusamos qualquer defesa de taxatividade relativamente às proibições de prova, procurando demonstrar a utilidade de um regime aberto, maleável, que se estruturasse na “orla” de determinados direitos fundamentais, sistema em que a esfera de reserva de competência legislativa não era posta em causa uma vez que já havia sido cumprida na densificação daqueles direitos.

Na verdade, *“só através da implementação de uma maior clareza será possível acautelar a efectiva tutela jurídica. Um sistema jurídico que suscita dúvidas na sua aplicação dificilmente pode proporcionar tutela jurídica efectiva”*<sup>146</sup>.

Não havendo uma distinção precisa entre o que é uma regra de produção de prova e o que é uma regra de proibição de prova, possibilita-se que, relativamente às primeiras, se determine a impossibilidade de utilização de determinado meio de prova tão-só por força de um vício formal no procedimento de obtenção do mesmo ou que, relativamente às segundas, se impeça uma ponderação concreta relativamente à valência de determinado meio de prova porquanto se julgou que um vício na sua produção obriga à sua inutilização inconsequente e imediata.

---

<sup>146</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, op.cit., página 411.

Faremos, então, de seguida, a análise de alguns acórdãos dos nossos tribunais superiores e vejamos qual o modo concreto em que tem sido abordada essa diferenciação de regras de produção de prova e regras de proibição de prova, como outras questões relevantes que se apresentem.

No âmbito do AcTRC datado de 5 de Maio de 2010, Processo n.º 486/07.2GAMLD, estava em causa, entre outras coisas, a apreciação de um alegado reconhecimento realizado em sede de audiência de julgamento – segundo o recorrente, estaria em causa a proibição de prova autónoma que já referenciámos, constante do artigo 147.º, n.º 7, do CPP.

Num primeiro momento, a Relação de Coimbra denota a necessidade já aqui referida, afirmando que *“tentar reduzir esta previsão”* – a da norma referida anteriormente – *“a uma simples “invalidade processual” (com a agravante da possibilidade de sanção pelo decurso de determinado prazo), é esquecer a necessidade de consolidar, precisamente, estes casos de adequada separação de conceitos, entre nulidades processuais stricto sensu e proibições de prova”*<sup>147</sup>.

É recordada também a similitude conceptual entre as expressões *nulidade probatória* e *proibição de prova* que, no fundo, se reconduzem ao mesmo, sendo apenas uma *“mera questão terminológica, face à íntima conexão dos dois regimes e à profusão de casos em que o termo “nulidade” se refere a uma efectiva e própria proibição de prova. Mas nunca uma nulidade processual em sentido*

---

<sup>147</sup> Esta posição é repetidamente afirmada pela Relação noutros segmentos da decisão: *“Não faria sentido que a falta de um requisito formal conduzissem à ineficácia probatória e o incumprimento de requisitos substanciais não”*; *“Em suma, se o acto processual em si não padece de qualquer nulidade ou irregularidade processual, o cerne da questão consiste em saber se tal acto, processualmente válido, serve como específico meio de prova, se cumpriu as normas atinentes à sua específica função probatória, se serve – enquanto acto processual próprio para obter o reconhecimento de arguidos – para fundar a convicção do Tribunal ou se, ao invés, por ter violado uma regra de proibição de prova deve ser afastado da fundamentação factual, se está “privado do seu valor como meio de prova”, matéria naturalmente invocável a todo o tempo”*. Este último excerto que realçámos é por nós acompanhado, na medida em que aponta à não automaticidade da proibição de valoração por força da violação da proibição de produção de prova, bem como pelo facto de não “acorrentar” temporalmente o conhecimento daquela violação.

*restrito. É a capacidade do acto que está em causa, não a sanidade processual do mesmo acto*”<sup>148</sup>.

Quanto à decisão ora em apreço, apenas será de criticar quando afirma que esta mesma proibição de prova está “*equiparada, pelo legislador, às nulidades*”, considerando-o “*um dado adquirido*” e, por isso, “*melhor seria afirmar que se trata de uma proibição de prova sujeita ao regime das nulidades insanáveis*”. Fazer-se a defesa da necessidade de separação de conceitos num primeiro momento, para depois defender a sujeição de regime de umas a outras é, no mínimo, discutível.

No AcTRC datado de 28 de Outubro de 2008, Processo n.º 103/06.8GAAGN, pretendia o recorrente que a Relação de Coimbra declarasse a nulidade do depoimento de determinada testemunha, por violação dos artigos 32.º, n.º 8, da CRP, 125.º e 126.º, n.º 3, do CPP, alegando que esta tomou conhecimento dos factos sobre os quais depôs através de chamada telefónica que não lhe era dirigida, uma vez que havia sido activado o sistema de alta voz do telemóvel, activação não consentida pelo recorrente, que consubstanciaria na prática do crime p.p. pelo artigo 194.º, n.º 2, do Código Penal.

Sobre o preenchimento do tipo criminal acima referido, entendeu a Relação que “*a actuação da assistente, tendo em consideração as palavras que lhe foram dirigidas pelo recorrente – dando corpo a ameaças – e as repetidas tentativas de estabelecer com ela contactos telefónicos no contexto de um desentendimento grave entre o casal, sempre estaria a coberto da causa de justificação da legítima defesa ou mesmo, do direito de necessidade. Justificada a esta luz, não se vê que a testemunha possa ter preenchido o tipo do nº 3, do art. 194º, do C. Penal, ao produzir em audiência o depoimento que produziu*”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Destaque nosso.

<sup>149</sup> Na medida em que as palavras que o recorrente dirigiu telefonicamente à assistente consubstanciariam o crime de ameaças, entendeu também o tribunal que “*a conversação ouvida*

Assim, pareceu que o TRC ao considerar não ter ocorrido uma intromissão abusiva na conversação telefónica – protegida pelo artigo 126.º, n.º 3, do CPP – por parte da testemunha, bem como que a mesma conversação telefónica não respeitava à vida íntima do Recorrente, concluiria pela possibilidade de valoração do depoimento daquela testemunha.

Todavia, entendeu que teria efectivamente ocorrido uma abusiva intromissão das telecomunicações, vedada pelos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º, n.º 3, do CPP, não motivada pela testemunha, mas pela assistente, ao activar, sem o consentimento do recorrente, o sistema de alta voz do telemóvel. Sem mais considerações, julgou “*o depoimento prestado pela referida testemunha*” prova nula.

A presente decisão tem o mérito de não fazer depender o preenchimento da expressão “abusiva intromissão” nas telecomunicações do preenchimento de qualquer ilícito de natureza penal. Como veremos adiante, este entendimento tem sido pacificamente aceite tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacionais. Logo, não seria pelo facto de não estar preenchido determinado ilícito penal – neste caso o do artigo 192.º, do Código Penal – que estaria, desde logo, arredada a hipótese de suscitar uma proibição de prova uma vez que determinada conduta, ainda que não ilícita, poder-se-ia considerar *abusiva*.

Contudo, é de criticar a presente decisão quando faz surgir uma proibição de prova, não porque a testemunha que depôs se tenha abusivamente intrometido na conversação do recorrente, mas porque a assistente o fez e que sem o ter feito não teria aquela podido depor sobre os factos em julgamento. A partir do momento em que o tribunal reconhece que aquela conversa “não respeita à vida íntima do recorrente”, não faz qualquer sentido emergir uma proibição de prova que, no final, nada está a proteger.

---

*pela testemunha não respeita à vida íntima do recorrente não se colocando por isso, e agora numa outra perspectiva, a devassa da sua vida privada (art. 192º, do C. Penal)”.*



Mais criticável é o recurso automático e não fundamentado ao regime do artigo 122.º, n.º 1, do CPP – recorde-se, normativo previsto para as invalidades processuais e não para as proibições de prova: *“Tendo o depoimento que constituiu prova nula, contribuído para a formação do tribunal recorrido, relativamente ao crime de ameaça pelo qual foi o recorrente condenado – na fundamentação de facto da sentença, este depoimento é qualificado de muito importante – a procedência de tal nulidade determina a invalidade dos actos subsequentes” (...)* *“sendo inválida a sentença recorrida”*.

A presente decisão é o exemplo claro dos perigos que há na desconsideração de quaisquer ponderações no âmbito do regime das proibições de prova; na aplicação automática de proibições de prova, independentemente dos interesses do arguido estarem ou não em causa pela concreta proibição aplicada; na confusão entre os regimes das invalidades processuais e das proibições de prova; na “fulminação” automática de um efeito-à-distância – quanto mais suportado pelo artigo 122.º do CPP.

Pelo AcTRP, datado de 9 de Novembro de 2011, Processo n.º 309/07.2PQPRT, *“alega o recorrente que a recolha da prova está ferida de nulidade, uma vez que, o agente da polícia entrou no prédio em que o arguido presta serviço, sem que para tal estivesse autorizado, sendo nulas as provas obtidas, cfr. art. 126º, n.º3 CPP, razão pela qual a lei [estabelece] tratar-se de métodos proibidos de prova”*. Insurgiu-se o arguido contra o facto de o tribunal de primeira instância ter considerado que a haver uma qualquer nulidade, a mesma se havia sanado, atento o exposto no artigo 120.º, n.º 3, alínea c), do CPP.

Neste ponto, esteve bem o TRP ao considerar que *“não seria, portanto, por não ter sido arguida nos termos do art.º 120.º, n.º 3, al. c), do CPP, até cinco dias*

*após a notificação do despacho que tiver encerrado o inquérito, que a pretensa nulidade poderia considerar-se sanada*”<sup>150</sup>.

Afastando a posição do recorrente que se centrou na “nulidade” da prova, por violação do artigo 126.º, n.º 3, do CPP<sup>151</sup>, o TRP procurou retirar conclusões quanto aos efeitos de uma eventual invalidade no acto da busca. Neste segmento decisório, ficou demonstrada a compreensão plena da divergência técnica e dogmática das proibições de prova das invalidades processuais: *“Há que distinguir entre a nulidade da própria prova, que determina a inutilidade processual da mesma, nos termos do disposto no art.º 126.º, e a nulidade do acto processual - legal em si mesmo -, determinada pela omissão ou pela imperfeição de cumprimento de um seu requisito formal, efeito que se poderá ou não comunicar à prova obtida, consoante o acto se venha ou não a convalidar”*. Posto que deu a correcta apreciação do caso mediante a aplicação do regime das invalidades processuais<sup>152</sup>.

No âmbito do AcTRL datado de 25 de Maio de 2010, Processo n.º 281/08.1JELSB, esteve em apreciação uma decisão do tribunal de primeira instância que havia condenado o recorrente por um crime de tráfico de estupefacientes, (art.º 21.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, com referência à Tabela I-B anexa ao mesmo), na pena de 7 anos de prisão.

---

<sup>150</sup> Chegando a esta conclusão após demonstrar uma compreensão exacta da norma contida no artigo 118.º, n.º 3, do CPP, na qual o legislador fez separar, de forma expressa, o regime das nulidades do regime das proibições de prova.

<sup>151</sup> Uma vez que, no caso, não se tratou, efectivamente, da ocorrência de uma busca domiciliária, não tendo havido qualquer abusiva intromissão no domicílio.

<sup>152</sup> Estava em causa a violação do artigo 174.º, n.º 6, do CPP – na parte em que exige a comunicação imediata da diligência à autoridade judiciária competente –, que, no entender do TRP, se sanou, por força da não arguição do vício. Diga-se que do texto da decisão consultado não nos foi possível aferir qual o tempo que mediou a apreensão e a comunicação não nos sendo, por isso, possível oferecer mais comentários nesta parte.

No seu recurso, entre diversas questões que foram suscitadas, o recorrente chamou à colação a questão do chamado “agente provocador”<sup>153</sup>.

Fazendo um excursus pela doutrina e jurisprudência nacional sobre a matéria, o TRL explica a figura nos seguintes termos: *“No caso da ‘provocação ao crime’, há um convencimento à prática do crime, que por isso será proibido na medida em que faça surgir do nada a propensão daquele agente à prática daquele ilícito, em termos que configurariam uma quase instigação. O agente do crime é levado a praticar um facto que nunca estaria na disponibilidade de praticar não fora essa provocação. Onde não havia nada, em termos de vontade ou disposição à prática de um crime, surge uma tal vontade”*.

Assim, reconduz-se essa conduta ao artigo 32.º, n.º 8, da CRP e, mais concretamente, ao artigo 126.º, n.º 2, alínea a), do CPP, invocando uma proibição de prova pela utilização de meios enganosos.

O AcTRL ora em apreço, até este momento teria alcançado um julgamento correcto dos factos em apreciação, bem como da subsunção dos mesmos às correspondentes normas aplicáveis. Todavia, não somos de concordar com a decisão que é tomada por força das considerações anteriores. Entendeu o TRL, face à “nulidade” da prova resultante da aplicação do artigo 126.º, n.º 2, alínea a),

---

<sup>153</sup> Neste caso, o alegadamente agente provocador não foi qualquer órgão de polícia criminal como é costume abordar-se, antes um outro arguido, noutro processo autónomo que, conhecendo o recorrente, por instruções da PJ e em troca de uma atenuação especial da pena que cumpriria no respectivo processo, prometida pela mesma PJ, teria alegadamente aliciado e provocado o recorrente à prática do crime em causa. Como se pode ler da decisão ora em análise, *“o que decorre dos factos provados, em termos sintéticos, é que a testemunha M..., agindo no âmbito de uma ação encoberta organizada pela PJ, sob controlo desta, convenceu, dolosamente, o arguido J..., seu amigo de há muitos anos, a cometer um crime de tráfico, fazendo-lhe crer que teria os contactos necessários (um agente da PJ, atuando sob identidade falsa, supostamente a trabalhar no aeroporto de Lisboa) para facilmente e sem perigo passar uma grande quantidade de cocaína através do aeroporto de Lisboa, e que o fez com o fim de vir a beneficiar de uma atenuação especial da pena por ter colaborado com a PJ, como de facto veio a beneficiar. E tudo isto passou-se assim, sem que haja qualquer notícia de uma predisposição anterior, minimamente atual, do arguido J..., para cometer o crime em causa”*.

do CPP, que *“são nulas todas as provas obtidas neste processo, deixando, por isso, de haver qualquer prova dos factos dados como provados neste processo, o que acarreta a impossibilidade de se concluir pela prática de qualquer crime por parte do arguido, e, por isso, impondo-se a sua absolvição, com a consequente revogação da decisão condenatória e decisões conexas”*.

Sem fundar a sua conclusão em qualquer suporte legal ou de outro tipo, o TRL fulmina um efeito-à-distância da proibição de prova violada, inquinando todo o processo por força dessa violação, determinando a “nulidade” de todas as provas aí obtidas.

Cumpra neste ponto, salvo melhor opinião, proceder-se a uma fundamentação precisa do efeito-à-distância das proibições de prova. Não há como defender que esse é um efeito automático, pois que nem a norma resultante do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, nem o artigo 126.º do Código apontam, literalmente, nesse sentido – isto, sem prejuízo de se considerar, feita uma ponderação concreta do caso, que seria defensável aclamar aqui um efeito-à-distância, porquanto não se vislumbrar como não haja uma conexão inabalável entre a prova derivada e a prova primária inválida neste caso que é, não nos restam dúvidas, proibida, na medida em que sem a provocação da PJ, este crime, não teria sido cometido.

Pelo AcTRL datado de 3 de Maio de 2006, Processo n.º 31/02.6TAPDL, foi apreciado o recurso de um arguido condenado pela prática de um crime de abuso de confiança, no qual alegava que haviam sido valoradas as imagens de uma gravação de vídeo ilícita, pelo que, atentas as conclusões daquele, *“as gravações das imagens não foram obtidas nos termos da lei ser a respectiva gravação considerada nula, por ser esta a cominação prevista pelo artigo 32º nº 8 da CRP e pelo artigo 126º nº 3 do CPP, disposições legais que tratam da matéria das provas obtidas mediante intromissão na vida privada”*.

O tribunal *a quo* havia considerado *“lícita a recolha de imagens mediante gravação vídeo, apesar de efectuada sem consentimento do visado e de se presumir contra a sua vontade (do titular do direito à imagem), por, no seu entender, se justificar face a “razões de justiça e em face da necessidade de*

*carrear provas para o processo penal ” – cfr. artºs 31º, nº 1 do C.Penal, e 79º, nº 2 do Código Civil”.*

Por seu turno, no âmbito do presente recurso, o TRL entendeu que *“esta posição e decisão judicial não é correcta, nem coerente nem compatível com os princípios e regras fundamentais do nosso processo penal”*.

Não descurando a ilicitude das gravações de vídeo feitas pelo dono do bar onde o recorrente havia trabalhado e alegadamente se havia apropriado ilegitimamente de uma determinada soma de dinheiro, o TRL julgou que *“face aos valores consagrados no Estado de direito democrático como o nosso (citado artº 2º da CRP), não é admissível nem tolerável a concepção securitária que subjaz à douda decisão ora recorrida, por manifestamente excessiva, desproporcionada e desnecessária para o fim pretendido, sob pena de esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos fundamentais e de cidadania – como são o direito à imagem e à vida privada do cidadão (no caso, o arguido) – que não se compadece com a (eventual) lesão patrimonial daquele estabelecimento comercial – cfr. artºs 18º e 26º, nº 1 da CRP”*.

Na verdade, *“sob pena de esvaziarem de conteúdo útil, aqueles direitos fundamentais – à imagem e à privacidade (cfr. artº 18º da CRP) – as aludidas exigências de polícia ou de justiça têm de ser interpretadas como integrando particulares exigências de segurança de pessoas e bens – o que, como se pode ver, não era o presente caso!”*.

No âmbito deste caso, o TRL parece assim admitir que sejam feitas ponderações, sem prejuízo do regime “normal” das proibições de prova. O que refere aqui é que essa ponderação foi mal fundamentada, e mesmo que assim não fosse, não se justificaria a valoração da prova no presente caso, pois que os direitos fundamentais em apreço não o legitimariam – de um lado o direito à imagem e à protecção da vida privada, do outro a protecção da propriedade privada.

Assim, como foram *“indevidamente valoradas na sentença ora recorrida, mais não resta que concluir, para os efeitos do artº 122º, nº 1 do CPP (cuja conformidade constitucional não foi posta em causa, cfr. Ac. T.C. nº 198/2004, de 24 de Março, in D.R., II Série, de 02/06/04), que: é nulo todo o processado, desde a acusação pública, inclusive, bem como os ulteriores termos do processo – incluindo a pronúncia, o julgamento e a sentença recorrida”*.

Neste ponto, somos de criticar nos mesmos termos que fizemos *supra* a “fulminação” automática de um efeito-à-distância – quanto mais suportado pelo artigo 122.º do CPP.

Não deixamos, no entanto, de citar o voto de vencido do Juiz Desembargador MÁRIO MORGADO, pela coincidência com uma parte daquilo que será analisado no AcTRL seguinte: *“Afigura-se-nos que a captação de imagens em causa não integra o crime p. e p. pelo art. 199º, nº 2, a), CP: a captação de imagem dirigida a provar factos ilícitos em locais públicos ou no local de trabalho deve considerar-se desprovida de tipicidade (aquele tipo criminal deve sofrer uma redução da área de tutela de sentido vitimodogmático) ou, pelo menos, de ilicitude (com base, segundo as diferentes posições doutrinárias, em “quase legítima defesa”, legítima defesa, direito de necessidade, prossecução de interesses legítimos ou num critério geral de interesses) – cfr. sobre esta problemática Costa Andrade, Comentário Conimbricense ao Código Penal, I, 834-840, e Sobre as proibições de prova em processo penal, 242-272.”*.

Pelo AcTRL datado de 28 de Maio de 2009, Processo n.º 1770/06.8TAPDL, apreciou-se a decisão instrutória que não pronunciou os arguidos *“por a acusação se sustentar essencialmente das imagens recolhidas por uma câmara de vídeo o que, no caso, consubstanciou prova inválida”*, tendo as testemunhas inquiridas em sede de debate instrutório deposto sobre o conteúdo daquelas.

Na decisão recorrida, e com interesse para o que de seguida se apresentará, pode ler-se que *“na verdade, e no que ao registo de imagens concerne, não se oferecem dúvidas quanto à existência do “consentimento” dos arguidos, desde logo porque os mesmos se predispuseram a serem filmados: tendo em conta os*

*aviso existentes no local, a visibilidade das câmaras e, designadamente, a verificar-se a alegação do assistente de que os arguidos – eles próprios – se dirigiram às câmaras e praticaram os factos que constam das queixas formuladas e do requerimento da abertura de instrução, é visível a manifestação inequívoca dos próprios arguidos em serem filmados”.* Todavia, uma vez que havia uma manifestação – agora expressa – dos arguidos em oposição à utilização das imagens captadas, entendeu o tribunal de primeira instância que, a utilizar essas imagens, estar-se-ia a afrontar o artigo 26.º, n.º 1, da CRP, sendo, por isso, proibida a valoração daquelas.

Na Relação, entendeu-se como fulcral para a decisão do caso “*verificar se a conduta traduzida na captação das imagens que o tribunal de instrução criminal desconsiderou, em resultado do que não pronunciou os arguidos pelos factos e crime que lhes eram imputados na acusação deduzida, configura, ou não, um ilícito penal*”.

Relembrando que no âmbito do tipo criminal em apreço deve haver uma separação clara entre o momento da captação das imagens e o momento da sua exposição, a Relação clarifica que naquele primeiro não houve uma conduta ilícita pelo assistente, na medida em que houve um consentimento dos arguidos na captação daquelas.

Assim, face à oposição dos arguidos na visualização das imagens em sede de debate instrutório, “*desde que não se recorresse à visualização das imagens captadas, nada invalidaria o testemunho produzido com base numa anterior visualização das mesmas*”<sup>154</sup>. O TRL entendeu que o uso das imagens que se limita à identificação dos autores dos danos provocados na propriedade do assistente, “*configura um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita*” à

---

<sup>154</sup> Procurando balizar a extensão do direito à imagem no âmbito do processo penal, podemos ler também daquela decisão: “*o direito à imagem confere aos respectivos titulares a prerrogativa de impedirem a exposição das suas fotos. Não permite, porém, e muito menos impõe, a desconsideração dos depoimentos prestados no inquérito, designadamente por quem visualizou as referidas filmagens antes ainda de apresentada a queixa que deu início aos autos*”.

sua propriedade o que faz excluir a ilicitude na recolha das imagens – *“ilicitude que no caso, conforme acima já explanado nem se verificou, já que se presume o consentimento dos filmados”*.

Como já referimos, não cremos dependente da aplicação do regime das proibições de prova a ocorrência de um ilícito substantivo, de um ilícito penal. Neste âmbito, todavia, a Relação centrou necessariamente a sua argumentação na ilicitude, ou não, das filmagens, face ao disposto no n.º 1 do artigo 167.º do CPP<sup>155</sup>.

Ainda que centrada na aplicação daquele preceito – artigo 167.º, n.º 1, do CPP – e não tanto no regime das proibições de prova, nomeadamente no artigo 126.º, do CPP, apresentámos este Acórdão na medida em que faz uma delimitação precisa da aplicação deste último normativo. Neste caso, efectivamente, o que estava em causa era a aplicação do artigo 167.º, n.º 1 e não qualquer proibição de prova própria, não criticando, por isso o mérito da decisão.

O que não conseguimos deixar de enfatizar e de algum modo criticar é o entendimento da Relação do qual resulta que as regras das proibições de prova se não dirigem aos particulares, tão-somente às chamadas “instâncias formais de controlo”<sup>156</sup>.

Por outro lado, também parece em certa medida contrariar-se nos próprios termos quando argumenta nesse sentido. Quando se lê que, para os particulares, os

---

<sup>155</sup> Nos termos do n.º 1 do artigo 167.º, do CPP, *“as reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal”*.

<sup>156</sup> Recordemos que, na verdade, *“o artigo 126º do CPP, aplica-se quer às autoridades processuais, quer aos particulares, pelo menos nos casos em que a valoração das provas mediatizadas pelos particulares, afronte abertamente o espírito do preceito, ou frustre o programa de tutela que ele encerra”* – SÍLVIA PATRONILHO, *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal*, dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, página 30.



deveres de não ingerência nos direitos fundamentais “*encontram-se concretizados na legislação ordinária, não decorrendo de nenhuma norma processual penal em particular. Estas visam disciplinar a investigação e o procedimento penal, indicando aos agentes de investigação e às autoridades judiciárias, bem como aos sujeitos processuais, os instrumentos de que se podem valer e os procedimentos que devem respeitar para sustentar a sua posição nos autos. Não regulam os direitos e deveres dos particulares*”<sup>157</sup>.

Ora, se se admite que a disciplina processual e os procedimentos que se “devem respeitar para sustentar” determinada posição nos autos são também adstritos, aos demais sujeitos processuais (nomeadamente ao arguido e ao assistente), não faz sentido afastar os particulares do respeito às regras das proibições de prova, porquanto que, via de regra, os “demais sujeitos processuais” que não o tribunal ou o MP, serão particulares<sup>158</sup>.

Pelo AcTRL datado de 4 de Março de 2010, Processo n.º 1630/08.8PFSXL, para o que ora releva, apreciou-se entre as demais conclusões do recorrente o facto de “*a convicção/motivação do Tribunal "a quo" formou-se no facto do estabelecimento onde alegadamente o arguido cometeu o furto ter câmaras de videovigilância, cujas filmagens foram juntas aos autos (cfr. fls.865), estando os respectivos fotogramas a fls. 857 a 863, tendo entendido que, em tais fotogramas se vê a chegada do arguido, com o veículo Nissan Micra de matrícula 00-00-00, vendo-se, ainda, o arguido carregando em braços, peças de roupa e diverso outro material, não ficando dúvidas ao Tribunal "a quo" de ter sido o arguido o autor deste furto*”, invocando uma proibição de prova decorrente do artigo 126.º, n.º 3, do CPP.

---

<sup>157</sup> Sublinhado nosso.

<sup>158</sup> Do nosso ponto de vista, além dos restantes sujeitos processuais que não sejam entes públicos, os particulares na verdadeira acepção do termo serão também “alvo” do necessário cumprimento das regras de proibições de prova, porquanto que não perspectivamos este regime como primordialmente centrado na disciplina processual, mas antes na protecção de direitos fundamentais e de princípios-base do Processo Penal. Em sentido divergente, PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições...”, *op.cit.*, página 141.

Antes de tomar posição sobre se a prova em concreto é, ou não, proibida, o TRL tece pelo menos uma consideração que não podemos deixar de referenciar, bem como criticar. Após uma breve alusão ao regime das proibições de prova, chegados à consequência da violação daquela, disseram os juízes que compuseram o colectivo neste caso que *“caso se trate de prova proibida, a mesma deve ser oficiosamente reconhecida e declarada em qualquer fase do processo, surgindo como nulidade insanável, a par daquelas que expressamente integram o catálogo do art. 119.º do CPP”*.

Ora, na verdade, esta conclusão não tem qualquer arrimo legal, sendo, não só por isso, insustentável. Por um lado, se fossem verdadeiramente nulidades insanáveis o artigo 119.º expressamente tê-las-ia englobado, e não fez; por outro, essa conclusão atenta directamente ao já referido artigo 118.º, n.º 3, do mesmo Código, que estatui uma clara autonomia técnica entre o regime das nulidades processuais e o regime das proibições de prova.

Regressando ao caso: aqui, como nos acórdãos anteriormente referidos, o TRL centrou a sua argumentação num excursus sobre o regime de protecção de dados pessoais da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, sobre o tipo criminal do artigo 199.º do CP, sobre o direito constitucional à imagem, previsto no artigo 26.º, da CRP, e sobre o tratamento que a lei civil dá ao tema.

Posteriormente, e atendendo a matéria factual dada como provada pelo tribunal de primeira instância, julgando ter havido um consentimento, pelo menos tácito, do arguido, no momento da captação das imagens, o TRL recordou que tem *“sido entendimento da jurisprudência que não constitui crime a obtenção de imagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa para tal procedimento, designadamente quando sejam enquadradas em lugares públicos, visem a protecção de interesses públicos, ou hajam ocorrido publicamente”*<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Vejam-se, designadamente, os acórdãos anteriormente analisados que, em certa medida, demonstram que não é assim tão linear e pacífico o tratamento jurisprudencial desta matéria.

Foi assim preocupação do TRL procurar fazer o enquadramento jurídico criminal da conduta do assistente para – e só daí – poder extrair a eventual admissibilidade valorativa daquele concreto meio de prova<sup>160</sup>. Assim, entendeu o mesmo tribunal que a gravação das imagens no caso em apreço não constituiu qualquer crime, na medida em que as imagens do arguido “*não foram registadas no contexto da esfera privada e íntima deste, mas sim enquanto normal cliente de um estabelecimento comercial, numa área de acesso público, onde qualquer pessoa, seja ou não cliente, pode aceder. O que é constitucionalmente protegido é, apenas, a esfera privada e íntima do indivíduo. Sucede que, a gravação não contende nem com uma nem com outra*”.

Neste ponto, seguimos em absoluto a posição do tribunal: não faz sentido invocar automaticamente uma qualquer proibição de prova porque, aparentemente, os factos se subsumiriam, em abstracto, àquela proibição, tão-só porque o direito protegido pela mesma surgia em apreço. Isso não é bastante para a aplicação das proibições de prova. Estas não protegem direitos fundamentais até ao ponto mais extremo de todas as faculdades que os compõem, pois que isso atentaria, um sem número de vezes, com a esfera de protecção reconhecida a outros direitos de igual espécie, ou de relativa preponderância *in casu*.

A protecção conferida aos direitos fundamentais pelas proibições de prova vai até ao ponto em que esses direitos carecem de efectiva protecção, o que, normalmente, equivalerá a dizer-se que estes não hajam sido *restringidos*, mas apenas concretamente *limitados*: nem mais, nem menos.

Nesta medida, o TRL procurou fazer valer a aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução do conflito de direitos que aqui estava em apreço. Assim, “*será admissível aceitar que – quando haja razões justificativas da*

---

<sup>160</sup> Sem prejuízo da relevância da licitude (ou não) do processo que conduziu à existência daquele concreto meio de prova, recordamos que não é esse um critério essencial à eventual admissibilidade deste. Na verdade, o artigo 126.º, n.º 3, do CPP, – a norma sempre aqui chamada à colação tanto pela doutrina como pela jurisprudência – não determina a proibição de prova em função da ilícita intromissão na vida privada, mas antes na *abusiva* que, frise-se, não é sinónimo da primeira.

*utilização destes meios – a gravação de imagens se apresente, em primeiro lugar, como medida preventiva ou dissuasora tendente à protecção de pessoas e bens e, ao mesmo tempo, como meio idóneo para captar a prática de factos passíveis de serem considerados”, concluindo-se pela admissibilidade daquele meio de prova, pois que proporcional a intervenção restritiva feita ao direito à imagem, em todas as vertentes daquele princípio.*

No âmbito do AcTRL datado de 22 de Março de 2011, Processo n.º 182/09.6JELSB, esteve em apreço a susceptibilidade de valoração como prova de alguns elementos relacionados com uma acção encoberta desenvolvida pela PJ sob a coordenação do DCIAP<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> Neste âmbito são de transcrever as normas mais relevantes à compreensão do caso no âmbito da matéria das acções encobertas. Nos termos do artigo 3.º, da Lei n.º 101/2001, “1 - As acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação. 2 - Ninguém pode ser obrigado a participar em acção encoberta. 3 - A realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes. 4 - Se a acção referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público. 5 - Nos casos referidos no número anterior, a competência para a iniciativa e a decisão é, respectivamente, do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal e do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal. 6 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela.”. Por seu turno, nos termos do artigo 4.º do mesmo diploma, “1 - A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 5 do artigo 3.º se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios. 2 - A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária. 3 - Oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha actuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5.º da presente lei preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objecto da sua actuação. 4 - No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto,

Entre o mais, estava em causa o facto de não terem sido juntos aos Autos os relatos da acção encoberta, e, sobre esse ponto, o TRL fazendo um *“apelo a um critério de concordância prática das finalidades em conflito – sempre de ponderar – é impossível de contornar e que, por conseguinte, a exigência de protecção da vida e da integridade física do funcionário ou de terceiro (cfr a mencionada epígrafe do art. 4º referido supra) justificaria que os relatos em causa não chegassem ao processo”*, demonstrando, assim, a relevância da ponderação de interesses não só no âmbito do regime das proibições de prova, mas também no regime da produção de prova.

No entanto, *“era preciso que se tornasse absolutamente claro que era esse o fundamento da recusa em fornecer os relatos/informações da acção encoberta. E tal não resulta com a devida evidência do despacho (cfr supra 4.2.7.) que ordenou a feitura de um relatório mais de um ano depois dos acontecimentos ocorridos no âmbito da acção encoberta que vieram a culminar com a detenção dos arguidos”*.

Tecidas estas considerações, o TRL procurou determinar qual o valor jurídico daquele relato, *“considerando que o relato em si enquanto documento descritor daquilo a que o agente assistiu não tem valor probatório, apesar de o citado art. 4º, nº 1 da Lei nº 101/2001 inculcar a ideia de que é possível utilizá-lo “em termos probatórios”, se isso for “absolutamente indispensável”. A este respeito há entendimento pacífico de que a leitura do relato viola os princípios básicos da imediação e do contraditório”*.

Não sendo junto o relato, pretendia um dos recorrentes que o TRL *“desvalorasse probatoriamente”* o depoimento prestado pelo agente encoberto, pois que, na óptica do mesmo recorrente, haveria versado sobre o conteúdo do relato – não junto aos autos – e não sobre os factos que havia tomado conhecimento directo, sendo por isso prova proibida que contaminaria todos os restantes actos processuais. O TRL não sufragou esta posição.

---

*observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código de Processo Penal, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho”*.

Como se pode ler naquela decisão, “a acção encoberta em si não é nem deixa de ser prova proibida. Prova proibida será a que resultar de meio enganoso usado no seu âmbito. Já se procurou evidenciar que esse dito meio enganoso não foi usado na acção encoberta”.

Por outro lado, recusando a automaticidade do efeito-à-distância das proibições de prova – recorrendo à jurisprudência do AcTC n.º 198/2004 – mais referiu que “havendo uma prova obtida com violação de direitos do acusado que não pode ser usada contra ele há, ainda assim, a possibilidade de salvaguarda de outras reflexas afastando da doutrina do “efeito-à-distância”, aquele outro do “efeito-dominó” que arraste para a invalidade todas as provas em qualquer circunstância. Na formulação correntemente usada a salvo ficam as provas obtidas por «fonte independente», «descoberta inevitável» ou «mácula dissipada»”.

Julgamos que a jurisprudência das Relações apresentada é suficiente para os objectivos que nos propomos. Sendo assim, oferecemos agora em nota outros acórdãos também analisados, citando tão-só as concretas passagens que, pelas mesmas razões ou razões análogas às apresentadas no texto, merecem uma concreta referência – de crítica, ou de aplauso – avançando para a análise da jurisprudência do STJ e do TC<sup>162</sup>.

No AcSTJ, datado de 4 de Novembro de 2009, Processo n.º 97/06.0JELSB, entre várias matérias sujeitas à apreciação do Supremo, para o que releva no presente estudo, estava incluída a apreciação da susceptibilidade de contaminação

---

<sup>162</sup> No AcTRP de 23 de Fevereiro de 2011, Processo n.º 4332/04.0TDPRT, admitida a alegação do recorrente de que havia sido violada a proibição de prova constante do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, entendeu o TRP, a nosso ver incorrectamente, que “A sentença fundada em provas nulas é também ela nula, nos termos do artigo 122º, n.º1 do CPP” – sendo que a expressão “provas nulas” se refere a “provas proibidas; no AcTRP de 23 de Novembro de 2011, Processo n.º 1373/08.2PSPRT, estando em causa a apreciação das imagens recolhidas pelo sistema de videovigilância montado na garagem comum de um prédio habitacional, o TRP afirmou que “não se entenda como ilícita a prova recolhida através daquele meio de prova”, aderindo expressamente à fundamentação sufragada pelo AcTRL de 28 de Maio de 2009 abordado *supra*.

das provas subsequentes a escutas declaradas nulas. Nas palavras do tribunal, a questão “*prende-se com a de aquilatar até que ponto se assiste ou não à projecção retrospectiva derivada de um meio de prova ou prova declarados nulos, tudo se passando como se não tivessem sido produzidos, sobre certos actos processuais posteriores àquele, pois que nos termos do art.º 122.º, do CPP, as nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar*”.

Após um excursus sobre alguma doutrina nacional em matéria de efeito-à-distância das proibições de prova, o Supremo parece aceitar como válida a teoria dos meios lícitos alternativos, segundo a qual se recusará o efeito-à-distância da proibição de prova, quando se demonstre que a investigação chegaria àquela mesma prova sem o recurso à prova considerada proibida.

Estando em causa o julgamento de crimes de tráfico de estupefacientes, alegando os recorrentes que a droga havia sido apreendida fruto do conhecimento que as Autoridades tiveram pelo recurso às escutas telefónicas posteriormente declaradas nulas, afirmou o tribunal que a apreensão da mala que continha a droga, “*não foi obra do acaso ou de uma indagação de última hora, antes fruto de um estado de investigação pré-orientado, realizando uma dinâmica de combate ao narcotráfico, a partir de um foco com origem na Venezuela, sendo o Aeroporto de Lisboa um dos pontos intermédios desse “eixo do mal”, até se lançar decidida e definitivamente nas mãos de quem, na linha terminal, acabaria por distribuir o estupefaciente*”, reafirmando o julgamento da primeira instância de que “*a investigação decorreu, paralelamente, com outras diligências, que igualmente (sublinhado nosso) concorreram para alcançar os resultados que foram obtidos, e sempre o poderiam ser, independentemente das escutas*” – demonstração clara da aceitação daquela teoria.

O que há a salientar neste aresto, sem prejuízo do mérito da decisão – que, recorrendo à teoria referida *supra*, julgou válidas as decisões dos tribunais inferiores, na medida em que fundamentaram devidamente a autonomia entre as provas subsequentes e as escutas declaradas nulas –, é o facto de o Supremo não ter conseguido evidenciar devidamente se o que estava em causa era a eventual

inoperância de um efeito-à-distância por força de violação de formalismos processuais, se por violação de proibições de prova.

Como procurámos demarcar claramente, se estiver em causa a aplicação do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, não será, porventura, correcto falar-se em “efeito-à-distância”, melhor sendo a referência a “invalidade derivada”. A figura do efeito-à-distância, conceptualizada pela doutrina e jurisprudência norte-americana, está pensada para as proibições de prova e não para as invalidades processuais.

Apesar de semelhantes, são diferentes as consequências da contaminação da invalidade de determinado acto aos actos que lhe sucedem, da proibição de uma prova às provas que daí derivam. No primeiro caso, está em causa uma sanção jurídica, na acepção estrita do termo como “castigo”; no segundo caso, visa-se a protecção de determinados interesses fundamentais ao Processo Penal, desde a salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido ao acautelar dos princípios estruturantes do sistema – *consequência-sanção v. consequência-prevenção*.

No que ora interessa, no AcSTJ datado de 3 de Março de 2010, Processo n.º 886/07.8PSLSB, alegava o recorrente que ao “*não declarar a nulidade cominada no art. 126º nº 3 do CPP dada a falta de autorização judicial para a leitura da agenda do telemóvel, assim se cometendo eventual devassa da vida privada, a recorrida decisão violou o disposto no art. 126 nº3 do CPP por manifesto erro interpretativo, uma vez que a agenda de um telemóvel não pode ser equiparada a documento, já que não está acessível a qualquer pessoa como a prova documental*”; assim, os “*inspectores em causa da Polícia Judiciária, ao invadirem a esfera da privacidade do arguido, copiando a seu bel-prazer o eventual conteúdo da agenda do telemóvel, obtiveram prova através de um método proibido por lei (artº 126.º nº 3 do CPP), já que tal prova foi obtida mediante a intromissão na vida privada e na correspondência*”.

Fazendo um excursus sobre a construção doutrinária e jurisprudencial em torno da protecção das telecomunicações, da reserva da vida privada e das proibições de prova, o STJ assume uma posição lapidar na separação entre o regime das invalidades processuais e o regime das proibições de prova. Como se



pode ler na decisão ora em apreço, *“em nosso entender, a nulidade das provas proibidas obedece a um regime próprio, distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável”*.

Assente este ponto, relevante para a boa decisão do caso era a questão de saber se *“a abertura e visualização da agenda de um telemóvel constitui uma questão de violação da intimidade da vida privada “tout court” ou é, para além disso, uma violação das regras inerentes às comunicações”*.

Após uma longa análise da aceção que há a acolher em termos jurídicos de “telecomunicações” e o que deve ser protegido para efeitos de Processo Penal, o STJ acaba a concluir que *“decorre do exposto que se tomam como inadequadas quaisquer derivas argumentativas que visem colocar a consulta da agenda contida num telemóvel no plano das exigências contidas na reserva de acesso a informação protegida pelo segredo das comunicações”*, restando a questão de saber se, ainda assim, a agenda de telemóvel não a coberto pela protecção específica para as telecomunicações, estará ou não englobada pela protecção constitucional reconhecida à vida privada.

Neste âmbito, o STJ apelou *“a um conceito de convivialidade consigo próprio de que cada cidadão é portador pelo simples facto de o ser”* como modo de “perspectivar” o conteúdo essencial a preservar pela ordem jurídica no que à vida privada diz respeito.

Recorrendo expressamente a uma ideia de ponderação de interesses em jogo para elevar, ou não, a valência daquela agenda como meio idóneo e válido de prova, assumida *“uma defesa do princípio da ponderação nesta área de prova proibida e protecção do direito á intimidade é evidente que a invocação do recorrente não tem o mínimo de fundamento. A ponderação investigatória, e probatória, da agenda do telemóvel como factor de determinação da sua propriedade, e da relação sequente com o crime praticado, não colide com nenhum núcleo fundamental da dignidade do mesmo recorrente e está perfeitamente justificada pela ponderação do interesse em perseguir criminalmente quem comete um crime de homicídio voluntário, sob a forma*

*tentada, face á mera determinação dos contactos telefónicos existente na agenda do telemóvel que foi abandonado”, não havendo por isso qualquer meio de prova proibido, em sede de produção ou de valoração.*

Pelo AcSTJ datado de 20 de Dezembro de 2006, Processo n.º 06P3059, para o que nos interessa no presente trabalho, esteve em apreciação o artigo 188.º, n.º 1, do CPP, com a decorrente exigência dos suportes técnicos aí referenciados serem “imediatamente” levados ao conhecimento do juiz de instrução<sup>163</sup>.

Entendia então o recorrente que, por força do atraso da entrega daqueles suportes ao juiz de instrução, surgiria uma proibição de prova pela aplicação do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, que constituiria, simultaneamente, uma nulidade insanável, nos termos do artigo 119.º, do mesmo diploma<sup>164</sup>.

Sobre este entendimento, o STJ recordou a posição que vinha por si sendo sufragada, fazendo a diferenciação entre regras de produção de prova e regras de proibição de prova. Assim, entendeu que *“os procedimentos para realização das intercepções e gravações telefónicas estabelecidos no artigo 188º, após ordem ou autorização judicial para o efeito, constituem formalidades processuais cuja não observância não contende com a validade e a fidedignidade daquele meio de prova, razão pela qual, como este Supremo Tribunal vem entendendo, à violação dos procedimentos previstos naquele normativo é aplicável o regime das nulidades sanáveis previsto no artigo 120º”*.

No âmbito do AcSTJ datado de 30 de Junho de 2011, Processo n.º 83/08.5JAFUN, versando, entre outras coisas, sobre a validade de uma busca

---

<sup>163</sup> No caso dos autos, apenas cinquenta dias após o início das intercepções telefónicas é que o foram.

<sup>164</sup> Outros dos recorrentes, em termos análogos ao primeiro, defendeu que as *“nulidades previstas nos artºs 118º a 123º do CPP e norma do artº 126º nºs 1 e 2 também do CPP, são materialmente inconstitucionais se interpretadas no sentido de a violação das norma do artº 188º do CPP consubstanciar nulidade sanável, justamente por violação das norma dos artºs. 18º nº 1, 32º nº 8 e 34º nºs 1 e 4 da CRP, inconstitucionalidade que expressamente se argui”*.

domiciliária<sup>165</sup>, recordou o STJ o seu entendimento corrente de que “o regime das nulidades é autónomo do regime das proibições de prova, como acentua, de um modo geral, a doutrina, não podendo estas ser reconduzidas ao regime daquelas: nulidades sanáveis/nulidades insanáveis, como aliás, resulta do art. 118.º, n.º 3 do CPP, inalterado desde a versão originária do Código”.

Sobre a relevância do consentimento do buscado para a realização da busca, e consequente proibição de prova (ou, nas palavras do recorrente, “nulidade”) por falta de mandado de busca, o STJ não deixou de referir que no presente caso “o recorrente arguiu efectivamente a nulidade, mas fê-lo apenas no recurso para o Tribunal da Relação, o que não deixa de ser estranho e – parece-nos – contrário a normas de lealdade processual, tanto mais que se tratava da pressuposta inobservância de determinados requisitos ou formas de procedimento quanto às formalidades da busca, de que o recorrente estava ciente desde a fase de inquérito”.

Depois de enaltecer todos os momentos processuais que o recorrente teve ao seu dispor para suscitar a questão, o STJ censurou com veemência a atitude do recorrente, “deixando arrastar a situação ao longo do processo até ser proferida decisão final, e jogando conforme as conveniências, ora negando que a residência buscada fosse a sua, ora afirmando que a tinha arrendado apenas para nela residirem alguns trabalhadores da sua “empresa”, dizendo desconhecer o motivo por que lá foram encontrados documentos que lhe diziam respeito, e, por último, deixando apenas para o recurso da decisão final a questão da nulidade da busca, invocando ser o titular do direito à habitação da residência buscada, atenta contra o princípio da lealdade e da equidade processual ou do justo processo (*due process of law*), decorrente do Estado de direito e da legalidade democrática”.

---

<sup>165</sup> Alegou, então, o recorrente que “a busca levada a cabo na residência sita na Quinta ..., no Funchal, a que se referem os factos dados como provados sob os números 45 a 49, é nula por o consentimento para a referida busca ter sido dado por GG, tido como irmão do recorrente, e não por este, que era o verdadeiro titular do direito à habitação e o visado pela busca”.

Concluiu, então, que como esta questão se resumia a uma discussão de facto, “*a alegada disparidade entre os factos dados como provados e a realidade existente ao tempo da efectuação da busca*”, e não tendo o recorrente suscitado a questão anteriormente, “*Se o tivesse feito, como mandariam as regras da lealdade processual*” (...) “*certamente que teria feito valer as “reais” condições em que a busca foi efectuada*”; pelo que, sendo o STJ “*um tribunal de revista e, como tal, apenas aprecia matéria exclusivamente de direito*” (...) “*a questão, tal como vem posta, é completamente de afastar, por se não reconduzir exclusivamente àquele âmbito*”, não conhecendo, por isso, da questão suscitada pelo recorrente.

Da nossa parte, passe a concordância com a grande maioria da argumentação aqui trazida relativamente à decisão ora em apreço – e até mesmo quanto à censura ao comportamento processual do recorrente –, temos algumas dúvidas que a conclusão tenha sido, ainda assim, a mais acertada.

Partindo do pressuposto aqui assumido de que as proibições de prova são arguíveis e cognoscíveis a todo o tempo, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, porquanto não é de admitir que uma decisão judicial possa valer se suportada, probatoriamente, em realidades que não poderiam ter sido utilizadas, produzidas ou valoradas, é-nos, por isso, insatisfatória a posição assumida pelo Supremo em recusar a apreciação da questão, reconduzindo-a a uma “mera” questão de facto. Mesmo que, a final, não se fosse considerar a prova decorrente de uma eventual busca ilegal como prova proibida, bem como a prova que daí derivasse, havia que, pelo menos, percorrer todo um raciocínio fáctico e jurídico que permitisse concluir nesse sentido, e isso o Supremo negou-se a fazer. Pelo menos, tendo “detectado” a questão, havia que reenviar os autos ao último dos tribunais que tivesse feito um julgamento fáctico do caso – admitindo que a apreciação de uma proibição de prova seja tão-só uma questão de facto, posição que nos levanta sérias reservas.

No âmbito do AcTC n.º 198/2004, datado de 24 de Março de 2004, estava em causa a apreciação da constitucionalidade da norma constante do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, quando interpretada no sentido de não impender, em sentido amplo

e a todas as provas correlacionadas com a prova directamente proibida, o chamado efeito-à-distância.

Entendia o Recorrente que, por força da declaração da nulidade das escutas telefónicas havidas no processo, toda a prova feita em julgamento seria consequencialmente nula porque, de alguma forma, toda ela derivaria daquelas escutas nulas.

O Tribunal Constitucional veio a assumir que não era desconforme com o texto constitucional a interpretação da norma constante do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, “*entendida esta como autorizando, face à nulidade/invalidade de intercepções telefónicas realizadas, a realização de outras provas, distintas das escutas e a elas subsequentes, quando tais provas: a) resultarem da mera constatação da realidade emergente; b) se referirem a dados conclusivos; c) se traduzirem em prova «coisificada» persistente; d) se traduzirem na confissão livre do arguido*”, sendo assim imediatamente apreensível que, independentemente da correcção ou não de se fazer emergir o efeito-à-distância das proibições de prova daquela norma, esse efeito não será imediatamente operado pela existência de uma concreta proibição de prova ou qualquer nulidade processual<sup>166</sup>.

Isto decorre expressamente quando o tribunal afirma que as provas derivadas, “*relativamente às quais o possível «efeito-à-distância» se coloca, constituem, quando isoladamente consideradas, meios legais de prova, aptos, em princípio, a ser utilizados no processo. A sua supressão, quando ocorra, constitui assim uma extensão da ilegalidade do meio de prova anterior*”.

Ainda sem se depreender se o Tribunal Constitucional, no âmbito da presente decisão, faz depender o efeito-à-distância das proibições de prova da

---

<sup>166</sup> Tendo o Tribunal Constitucional em fase mais adiantada da decisão recuado na delimitação do objecto do recurso à apreciação da utilização “*de outras provas, distintas das escutas e a elas subsequentes, quando tais provas se traduzam nas declarações dos próprios arguidos, designadamente quando tais declarações sejam confessórias*”.

aplicação de um regime próprio para as invalidades processuais, não descarta o tribunal, ainda assim, a necessidade de ponderação de interesses, reconduzindo aquele efeito, na sua génese, à doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”, “*que exige a ponderação do caso concreto determinando a existência, ou não, desse nexo de antijuridicidade entre a prova proibida e a prova subsequente que exige para esta última o mesmo tratamento jurídico conferido àquela*”<sup>167</sup>.

Todavia, numa fase adiantada da decisão, em sentido contrário ao que sufragamos como correcto, parece fazer depender o efeito-à-distância das proibições de prova da aplicação de uma norma própria do regime das invalidades processuais – o artigo 122.º, n.º 1, do CPP<sup>168</sup>. Isso fará pôr em cheque a vigência do artigo 118.º, n.º 3, do mesmo Código, ao mesmo tempo que, dogmaticamente, é uma confusão do que não deve ser confundível.

Esteve bem o tribunal ao não fazer valer um efeito-à-distância das escutas ilegais para as declarações confessórias do arguido, na medida em que realça a autonomia clara destas em relação àquelas, sobretudo quando aquelas foram absolutamente desatendidas.

O AcTC n.º 155/2007, datado de 2 de Março de 2007, teve por objecto a apreciação “*da compatibilidade com a Constituição, designadamente com os*

---

<sup>167</sup> Depois de fazer um breve excuro sobre a problemática do efeito-à-distância das proibições de prova no ordenamento jurídico norte-americano o Tribunal Constitucional remata que a doutrina do “fruto da árvore venenosa” é “*uma doutrina que abre um amplo espaço à ponderação das situações concretas, ou seja à interpretação, e que está longe de justificar, através da sua invocação, o caminho único de invalidar todas as provas posteriores à prova ilegal. Diversamente, trata-se com esta doutrina da procura de modelos de decisão assentes em critérios coerentes com a ponderação de interesses que justifica que, em determinadas circunstâncias, se projecte a invalidade de uma prova proibida, para além de nela própria, noutras provas e, em circunstâncias distintas, se recuse tal projecção*”.

<sup>168</sup> Ao afirmar após “*esta abordagem de direito comparado*” (...) “*permite-nos colher elementos de grande utilidade para a caracterização do sentido do artigo 122º, nº 1 do CPP, não esquecendo que este, como se afirmou precedentemente, condensa o sentido prático que, enquanto garantia constitucional que é, o «efeito-à-distância» tem no nosso processo criminal*”.

*princípios e preceitos indicados pelo recorrente, dos preceitos supra citados quando interpretados, o artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, em termos de possibilitar ao Ministério Público ordenar a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético na medida estritamente indispensável para posterior comparação com vestígios colhidos no local do crime, se necessário através da ameaça da utilização do recurso à força física para salvaguarda da integridade de quem realizar a recolha, quando aquele tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita e, o artigo 126º, nºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do mesmo diploma, em termos de considerar válida e, consequentemente, susceptível de ulterior utilização e valoração, a prova obtida através da colheita realizada nos termos antes descritos”.* Em termos sintéticos, que de seguida se desenvolverão na medida do necessário no presente ponto deste estudo, diga-se que o Tribunal Constitucional julgou inconstitucionais as normas anteriormente referidas.

A presente decisão, na medida em que julgou inconstitucional o artigo 172.º, n.º 1, do CPP, quando se permita a recolha de vestígios biológicos do arguido, que não consentiu com a mesma recolha, se feita sem a intervenção do juiz e, consequencialmente, ao julgar inconstitucional o artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma, quando permitida a valoração da prova recolhida nos moldes anteriormente expostos, sem o afirmar expressamente, o TC admitiu a susceptibilidade de se valorar prova à partida atentatória da integridade física do arguido, desde que a sua recolha haja sido ordenada por um juiz.

Toda a fundamentação aduzida pelo Tribunal Constitucional centrando-se na protecção constitucional à integridade física e autodeterminação pessoal descurou a implicação, em termos de regime de proibições de prova, que a sua decisão impende sobre estas.

A afirmação de que as medidas de prova susceptíveis de se ingerirem na esfera de protecção de direitos fundamentais carecem de um acto prévio do *juiz das liberdades* que as autorize não nos oferece crítica e é de acolher<sup>169</sup>. Todavia,

---

<sup>169</sup> Ademais, o próprio legislador foi nesse sentido aquando da alteração realizada ao CPP em 2007.

se feita a interpretação *a contrariu senso* da decisão em apreço é possível, em tese, defender que o TC reconheceu a susceptibilidade de valia como prova de determinados elementos abstractamente atentatórios da previsão normativa dos artigos 126.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e c), do CPP, se previamente autorizados por um juiz.

Ora, neste ponto, salvo melhor opinião, a decisão do TC careceu de uma fundamentação específica. O regime das medidas de prova passíveis de ingerir na esfera de protecção dos direitos fundamentais de sujeitos processais, designadamente os artigos 268.º e 269.º, do CPP, ou, concretamente, o artigo 172.º do mesmo Código, opera em autonomia ao regime das proibições de prova, nomeadamente às previsões do artigo 126.º, do CPP. Assim, afirmar-se a extensão dos efeitos do incumprimento de determinadas exigências das primeiras normas elencadas ao regime das proibições exige, no mínimo, uma análise cuidada dessas implicações.

Na verdade, como vimos, pode surgir uma proibição de prova independentemente de serem cumpridos os comandos procedimentais previstos no Código; por outro lado, o incumprimento de normas procedimentais também não implica, necessária e impreterivelmente, uma proibição de prova face a esses vícios. Nesta diferenciação de realidades e de regimes é que deveria ter assentado a parte final da decisão ora em apreço.

O AcTC n.º 607/2003, de 5 de Dezembro de 2003, é aquele que pode ser adjectivado como o primeiro *caso do Diário* da jurisprudência portuguesa. Aqui, esteve em apreciação a conformidade constitucional da “*norma constante do art. 126º, n.ºs 1 e 3 do CPP, na medida em que viola o disposto nos arts. 1º, 13º, n.º 1, 25º e 32º, n.º 8, da CRP, quando interpretada no sentido de não consagrar a ilicitude de valoração, como meio de prova da existência de indícios dos factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido (p.p. pelo art. 172º, n.º 1, e art. 172º, n.ºs 1 e 2, ambos do Código Penal) e dos pressupostos estabelecidos nos arts. 202º e 204º, alínea c), do CPP para a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, dos “diários” apreendidos*”



*ao recorrente, em busca domiciliária judicialmente decretada, e cuja legalidade formal ou procedimental não é posta em causa”.*

Recordando a tensão dialética ínsita ao sistema processual penal onde, por um lado, a exigência de assegurar uma eficiente tutela punitiva do Estado assente no princípio da procura da verdade material reclama uma consideração constante e, por outro lado, a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos exige uma permanente tutela, o TC aponta os artigos 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º, do CPP, como o espelho dessa mesma tensão.

No relevo dos polos opostos quanto à susceptibilidade de produção e valoração de provas proibidas – estando num polo a valia de todas as provas, independentemente de qualquer *mácula* que lhes assista e, no outro polo, a impossibilidade de utilização de todo o material probatório proibido, originária ou derivadamente – o TC, no âmbito do presente acórdão, considerou que “*o sistema português assenta, como melhor se verá posteriormente, num tertium genus quanto à questão da relação entre um meio da obtenção da prova e a admissibilidade da sua valoração*”. E, assim, parte para a análise do tratamento dogmático que, nomeadamente a jurisprudência e doutrina alemãs, têm dado à questão da valia como meio prova de diários íntimos.

Feita essa análise, o TC realçou que “*a doutrina dominante alemã admite uma aberta ponderação dos interesses em causa, considerando como justificável uma intromissão na esfera íntima do arguido quando estiverem em causa casos de criminalidade especialmente grave*”. Não deixam, contudo, grande parte dos autores alemães de recusar essa ponderação quando se considere que da valoração dos diários íntimos resulte um atentado inadmissível à esfera mais íntima da vida privada do arguido<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Havendo, ainda assim, quem mesmo no âmbito dessa esfera recuse a ideia de insusceptibilidade de valoração desses mesmos escritos. Se dos mesmos, por exemplo, se extrair um relato preciso e minucioso da conduta criminosa, advogando uma ideia de comunicabilidade desse relato com a

Transpondo os ensinamentos da dogmática alemã para o sistema constitucional português, após um breve escurso sobre o tratamento jurisprudencial e doutrinário nacionais à protecção da vida privada, o TC recorda que “*o direito à reserva da intimidade da vida privada não deixa de redundar na tutela jusfundamental de uma “esfera pessoal íntima”*”, parecendo ir assim ao encontro da posição que reconhece um “núcleo” inviolável daquela, mesmo quando está em causa a perseguição e repressão das formas mais graves de criminalidade.

Todavia, “*importa, em todo o caso, reconhecer que tal direito não pode configurar-se, em absoluto, como um direito ilimitável e irrestringível perante outros direitos ou interesses que, sub species constitutionis, se tenham por legítimos*”.

Assim, considera o TC que, sem prejuízo de se considerar a íntima ligação existente entre a protecção da vida íntima dos cidadãos como um interesse com dignidade constitucional e a protecção da *dignitas* humana, não se pode, invariavelmente, afastar a necessidade de ponderação das circunstâncias concretas do caso que, em última análise, poderão legitimar a ingerência ou intervenção restritiva sobre o direito fundamental à reserva da intimidade<sup>171</sup>.

Recordando a ideia de *comunicabilidade* entre os relatos escritos do agente do crime e a esfera pessoal das vítimas desses mesmos crimes, o TC traça o critério preponderante na determinação da susceptibilidade de utilização daqueles

---

gravidade dos crimes cometidos, recusam que o mesmo goze da protecção “normal” à intimidade da pessoa humana.

<sup>171</sup> Recordada a *teoria das três esferas da vida privada* desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o TC afirma que “*independentemente de se saber se deve ou não subscrever-se, em geral, a distinção, no âmbito da reserva da vida privada constitucionalmente tutelada, entre uma esfera de intimidade nuclear, absoluta e radicalmente protegida, e uma outra, mais ampla e já susceptível de intervenção por parte dos poderes públicos, a consideração da dignidade da pessoa humana, enquanto último reduto ético da sua imanente pessoalidade, afirma um limite a qualquer ponderação susceptível de conduzir ao seu total aniquilamento*”.

como meio de prova no processo penal na existência, ou não, dessa mesma comunicabilidade.

Assim, “*quando as descrições constantes dos diários toquem a esfera dos outros ou da comunidade, não reflectindo exclusivamente impressões internas, sentimentos e emoções, e contenham já indicações sobre os actos imputados ao arguido há-de admitir-se uma ponderação que, em concreto, pode conduzir a que, nestas circunstâncias, se deva admitir a valoração processual-probatória das descrições em causa*”.

Essa ponderação, segundo o TC, far-se-á atendendo, designadamente, à gravidade dos crimes em julgamento, a natureza dos mesmos crimes e a relação destes com os bens jurídicos protegidos e/ou a proteger, à protecção das vítimas dos crimes e à possibilidade de continuação da actividade criminosa.

Recordando que a decisão do TRL que motivou o presente recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade fez uma interpretação das normas *sub judice* como se das mesmas bastasse uma ponderação “geral” dos interesses conflitantes, sem uma necessária análise dos escritos constantes dos diários, ou uma ponderação crítica sobre todos os interesses envolventes no caso, o TC julgou inconstitucionais as normas referidas *supra*, quando interpretadas nesse sentido<sup>172</sup>.

A admissibilidade constitucional afirmada pelo TC quanto à aplicação de uma *teoria da ponderação de interesses* sobre o regime das proibições de prova no Processo Penal português é abertamente reconhecida nesta decisão: “*A Constituição não exclui que, neste domínio específico, uma ponderação possa*

---

<sup>172</sup> Como se pode ler do acórdão em apreço, “*o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, ao admitir uma valoração indistinta e indiferenciada do conteúdo dos diários, acaba por não considerar esta dimensão axiológico-normativa fundamental, partindo apenas de um princípio que, considerando estritamente a tutela da intimidade da vida privada, conduz à sobrevalorização, ou mesmo absolutização, do interesse da investigação criminal, ainda quando, perante o conteúdo concreto do manancial “informativo-reflexivo” constante dos diários, possa estar em causa, nos termos anteriormente elucidados, a inviolável dignidade ética do arguido*”.

*conduzir a que, em concreto, o interesse público geral na investigação dos ilícitos penais imputados ao arguido e na prossecução da verdade material e a subsequente realização da justiça se sobreponham, acauteladas as devidas reservas, às necessidades de tutela da sua esfera de privacidade, não sendo assim de afastar, dentro do domínio tido por admissível, uma valoração das descrições constantes de diários em processo penal, conquanto esta não se mostre desadequada, desnecessária e desproporcionada face aos valores e ao tipo de decisão em causa”.*

No âmbito do AcTC n.º 213/2008, de 2 de Abril de 2008, o TC, em recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, debruçou-se sobre a alegação do recorrente de “*inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 125.º e 126.º, n.º 3, e, por extensão do artigo 374.º, n.º 2 “in fine”, todos do Código de Processo Penal (C.P.P.), quando interpretadas no sentido de ser permitida a admissão e valoração de provas documentais relativas a dados pessoais do arguido respeitantes à sua vida privada retirados de uma base informatizada, sem o respectivo consentimento, por violação do disposto nos artigos 17.º, 18.º, n.º 1 a 3, 32.º, n.º 8, e 35.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.)*”.

Entendeu o recorrente que a utilização dos “*dados informáticos ou informatizados relativos ao identificador “via verde” emitido para e em nome da dita firma “D., LDA.”, designadamente concernentes ao trajecto percorrido por uma das suas viaturas na data dos factos*”, não poderiam ser utilizados como prova em processo penal, sem o consentimento do titular dos mesmos dados, sob pena de violação das normas constitucionais elencadas *supra*<sup>173</sup>.

Fazendo uma análise da protecção constitucional dos dados pessoais, assente na norma constante do artigo 35.º, n.º 4, da CRP, o TC entende que o que

---

<sup>173</sup> Como se pode ler da decisão em apreço, o tribunal de primeira instância “*entendeu que qualquer autoridade judiciária, nomeadamente o Ministério Público, podia ordenar a requisição daqueles meios de prova para efeito de junção ao processo e ulterior valoração em sede de julgamento da matéria de facto, desde que o fizesse ao abrigo do disposto no art. 182.º, n.º 1, do C.P.P. e não lhe fosse excepcionado o segredo profissional previsto no artigo 17.º, n.º 1, da L.P.D.P.*”.

aí se faz proteger é “*o chamado direito à autodeterminação informacional, o qual tem um círculo de aplicação, apenas parcialmente coincidente com o círculo de aplicação do direito à reserva da intimidade da vida privada, e que funciona como direito de garantia deste*”.

Assim, considerou que a informação resultante da “via verde”, nomeadamente a listagem de passagens de um veículo automóvel nesse sistema, é uma informação protegida para efeitos da Lei de Protecção de Dados Pessoais e do artigo 35.º, n.º 4, do texto constitucional.

Contudo, a proibição de utilização de dados decorrente daquela norma constitucional, na perspectiva do TC, não é uma proibição absoluta e, por isso, passível de ser sujeita ao regime constante do artigo 18.º, n.º 2, da mesma Constituição – regime das restrições de direitos, liberdades e garantias.

Ora, nesses termos, um dos interesses que poderá legitimar a retracção da esfera de protecção daquele direito decorrente do artigo 35.º é, na verdade, o interesse na utilização desses dados para efeitos de investigação criminal, valendo-os como meio de prova em determinado processo<sup>174</sup>.

Entendendo o TC que quando “*a situação em causa, embora sujeita a reserva, decorre em espaços que permitem a sua observação por qualquer pessoa, nomeadamente vias públicas, a intensidade da tutela é menor, podendo esta ter de ceder, para salvaguardar interesses superiores*”, e afirmando o interesse da perseguição penal como um desses interesses, o tribunal não julga inconstitucionais as normas *supra* apontadas, sendo perfeitamente admissíveis aquelas informações como meio de prova em processo penal.

---

<sup>174</sup> Efectivamente, “*o interesse público constitucionalmente protegido da descoberta da verdade material, essencial à administração da justiça penal como pilar de um Estado de direito, pode justificar a quebra da confidencialidade dos dados pessoais, desde que dela não resulte uma restrição intolerável dos direitos fundamentais do cidadão*”.

Sem prejuízo de tecermos considerações mais detalhadas na parte final do presente estudo, em síntese conclusiva, da análise feita neste ponto, somos de entender que por força da inconsistência dogmática na utilização da expressão “nulidade”, relativamente à temática das proibições de prova, a jurisprudência portuguesa, por esse facto, viu-se a braços com alguns problemas na aplicação daqueles regimes<sup>175</sup>.

No plano do direito positivado, a parca separação feita entre regras de produção de prova e regras de proibição de prova convida, desde logo, à confusão entre conceitos substancialmente distintos, bem como – e isto o que mais tememos – gerar um espaço suficiente para que se burle – ainda que inadvertidamente – a qualificação jurídica que é feita relativamente a determinados factos, surgindo assim consequências nefastas nessa aplicação que é feita<sup>176</sup>.

Como bem constatou JOÃO CONDE CORREIA, “a *generalidade da jurisprudência nacional não compreendeu logo nem a diversidade conceptual, nem a autonomia técnica das proibições de prova. Dizer que a nulidade...das provas obtidas mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular depende de arguição do interessado ou que a realização de uma busca domiciliária, sem a autorização judicial constitui nulidade relativa, sanável*” (...) “*tornou-se uma banalidade*”<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Em sentido paralelo, porventura menos crítico, cfr., MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, páginas 294 e seguintes.

<sup>176</sup> Como indirectamente aparenta alertar MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, “À *especialização crescente do crime, que adquire sempre foros de maior grau de sofisticação, corresponde o desenvolvimento de novas técnicas de investigação que igualmente se tornam mais (sofisticadamente) lesivas para os direitos das pessoas. Longe vão os tempos da crueza da tortura. Hoje os métodos são outros, mais discretos e silenciosos, mas quantas vezes, nem por isso, menos traiçoeiros*”, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 21 e, desenvolvendo esta ideia, veja-se também, da mesma autora, página 22.

<sup>177</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção...”, *op. cit.*, página 176 e seguintes.

Assim, como vimos, dessa confusão que é feita entre as regras de produção de prova e regras de proibição de prova, levou-se a que alguns tribunais – sobretudo ao nível das Relações – suportassem o chamado efeito-à-distância das proibições de prova no artigo 122.º, n.º 1, do CPP<sup>178</sup>.

Por outro lado, outras decisões há em que, em arrepio às normas concretamente aplicáveis, nomeadamente os artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º, do CPP, afastam a aplicabilidade das proibições de prova aos “particulares”, considerando-as como mecanismos especificamente destinados às “instâncias formais de controlo”<sup>179</sup>.

Ainda assim, somos de aplaudir o que se faz, sobretudo ao nível do Supremo e do Tribunal Constitucional, ao considerarem as mais-valias da aplicação do princípio da ponderação de interesses ao caso concreto. Neste ponto, ao contrário da doutrina nacional predominante que considera que o legislador terá “resolvido definitivamente” o conflito de interesses eventualmente conflituantes neste âmbito específico do Processo Penal<sup>180</sup>.

Tanto o STJ como o TC não se evadem das atribuições que constitucionalmente lhes são conferidas, nomeadamente as já destacadas vinculação à lei e ao Direito, bem como a tarefa permanente da procura da conformação de um ideal máximo de Justiça ao caso concreto, e, assim, julgam – na acepção mais ampla do termo – em conformidade aos ditames constitucionais

---

<sup>178</sup> Até ao nível do próprio Tribunal Constitucional, nomeadamente no AcTC n.º 198/2004, que tem servido como *leading case* para efeitos de compreensão do efeito-à-distância das proibições de prova, se faz suportar esse efeito naquele normativo.

<sup>179</sup> Sem prejuízo de não descurarem a teleologia central do regime, balizada na protecção dos direitos fundamentais do arguido e na salvaguarda dos princípios estruturantes do sistema processual penal.

<sup>180</sup> Neste sentido por nós não acompanhado pelas razões aduzidas *supra*, designadamente, HELENA MORÃO, “O efeito-à-distância...”, *op.cit.*, página 603: “há que ter em conta que o regime probatório consagrado no Código de Processo Penal é já, ele próprio, uma expressão dos juízos de ponderação do legislador no que respeita à criminalidade mais grave” (...) “não se encontrando o julgador legitimado a comprometer ou ultrapassar essa intenção normativa”.

que os regem, não descurando o circunstancialismo próprio que só uma análise casuística poderá evidenciar.

Por último, e para o que mais nos interessa para o ponto seguinte deste trabalho, destacamos o facto de ambos os tribunais – STJ e TC – recusarem a automaticidade do efeito-à-distância das proibições de prova, porquanto que a compreensão desse instituto, correlacionada com a aplicabilidade de uma concreta ponderação de interesses (corolário do princípio da proporcionalidade), implica essa mesma conclusão: no caso concreto, extravasar os efeitos de determinada proibição de prova às provas que derivem daquela que é proibida poderá ser, desde logo, desnecessário, mas também, e sobremaneira relevante, implicar a fatalidade de interesses com dignidade constitucional que, no caso concreto, reclamam uma relativa preponderância, face aos interesses protegidos pelas proibições de prova<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> Todavia, e tendo-o feito em momento próprio do presente trabalho, não se deixa de criticar, porque incorrecta dogmaticamente, a consideração que, mesmo ao nível do STJ ou do TC, se encontra em alguns dos acórdãos analisados de que o efeito-à-distância das proibições de prova decorreria da aplicação do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, em arrepio do que é determinado pelo 118.º, n.º 3, do mesmo diploma.



### Capítulo III

#### A protecção de Direitos Fundamentais: a *marca* do Regime Processual

##### §1.º O princípio da ponderação de interesses e procura da *verdade material*

##### 1.1. A sua génese e a jurisprudência constitucional alemã

Como já o apontámos *supra*, o regime das proibições de prova na ordem jurídica alemã, ao contrário do que se verificou e verifica em Portugal, deveu a sua conceptualização sobretudo ao labor da doutrina e jurisprudência daquele país. Primeiro, porque o legislador não optou pela estruturação de um regime geral, tal como o concebemos cá, nomeadamente por via do artigo 126.º, do CPP<sup>182</sup>; depois, porque ao nível do texto constitucional, foi encontrado espaço suficiente à edificação de proibições de prova em função dos próprios direitos fundamentais naquele consignados, e não por causa de uma qualquer norma genérica que assim o obrigasse – pensemos no artigo 32.º, n.º 8, da CRP.

A teoria da ponderação de interesses é uma dessas “marcas” do labor doutrinário. É uma teoria que “*parte da ideia base de que a proibição de valoração de uma prova não pode estar predefinida. Antes pressupõe uma ponderação valorativa a estabelecer caso a caso entre o interesse individual e o interesse da perseguição penal. Encontrando o seu fundamento na Constituição, a proibição de valoração da prova não tem de decorrer directamente de norma expressa. E sendo assim, a procura da justificação de cada proibição de valoração deve ser o resultado de uma ponderação global dos interesses envolvidos: por um lado, o interesse individual do cidadão na protecção dos seus bens jurídicos e, por outro, o interesse do Estado na perseguição penal*”<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Capítulo II – §1.º – 1.2. O modelo alemão.

<sup>183</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, páginas 315 e 316.

Fruto de uma teleologia assente em ponderações não resolvidas na letra da lei, esta teoria tem vindo a ser criticada pela sua alegada insegurança jurídica, uma vez que os resultados da sua aplicação irão “flutuar” de caso para caso.

Da nossa parte, não negamos que a segurança jurídica será porventura mais acautelada se o legislador fosse capaz de resolver todos os conflitos entre interesses com dignidade constitucional, carentes de protecção. Todavia, a segurança jurídica não é um valor absoluto. Mais do que isso, o legislador não é capaz de resolver todos os conflitos e talvez nem o deva fazer: na lógica do que abordámos anteriormente quanto à constante evolução da realidade, fáctica e jurídica.

A teoria da ponderação de interesses não nega que a concepção de um regime de proibições de prova deva ser estruturada em função, primacial, da protecção dos direitos fundamentais do arguido. No entanto, viabiliza ainda assim o espaço suficiente ao surgimento valorativo de outros interesses que, no caso concreto, reclamem uma atenção superior à daquele<sup>184</sup>.

Relativamente à crítica de que o legislador não permitiu que houvesse espaço a qualquer ponderação de interesses no caso, uma vez que já teria resolvido todas as ponderações previamente, diremos que essa constatação não poderá ser tão pacífica assim.

Na verdade, o entendimento de que todas as ponderações já foram devidamente acauteladas pelo poder legislativo desembocará, a nosso ver seguramente, em situações de constitucionalidade muito duvidosa que acabará, inevitavelmente, a “abrir caminho” à ponderação de interesses no caso concreto, sob pena de violação de princípios estruturantes do sistema processual penal português e do nosso modelo de Estado.

---

<sup>184</sup> Sobre as várias críticas apontadas pela doutrina alemã a esta teoria, veja-se, designadamente, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 317 e seguintes.

O recurso (ou não) ao princípio da ponderação de interesses no seio do processo penal em geral, e no regime das proibições de prova em particular, pode ser visto de variadas perspectivas, não se resumindo tão-só à questão de valorar ou não valorar determinado meio de prova.

A ponderação de interesses poderá ser exigida também – além de naquela perspectiva que, para nós, é a que ora mais interessa e releva – quanto à viabilidade de determinada operação investigatória ou, por exemplo, quanto à necessidade de um efeito-à-distância de determinada proibição de prova<sup>185</sup>.

Demonstrativo da presença assente, actual e marcada do princípio da ponderação de interesses na jurisprudência dos tribunais superiores alemães é a decisão de 13 de Novembro de 2005 do Tribunal Constitucional daquele país que *“assinalou que uma medida de investigação de ingerência num direito fundamental carece de proporcionalidade quando outras medidas de investigação menos graves são esquecidas ou postas de lado sem fundamento. Tendo de novo como objecto a apreciação de uma decisão referente a uma busca, aquele tribunal afirmou que uma tal diligência tem de se encontrar numa relação de adequação com a gravidade do crime e a força da respectiva indicição nos*

---

<sup>185</sup> Eloquente concretização das finalidades do *princípio da ponderação de interesses* no seio da doutrina germânica no âmbito do problema do *efeito-à-distância* das proibições de prova é aquela que MANUEL DA COSTA ANDRADE sublinha relativamente à posição de ROGALL naquela ordem jurídica. Diz-nos o Insigne Professor de Coimbra: “ (...) *sustenta ROGALL que só a doutrina da ponderação de interesses poderá oferecer uma resposta adequada às questões doutrinárias e pragmáticas do Fernwirkung. O que significa o privilégio de uma orientação para o caso concreto, aberta à cuidada valoração relativa de interesses conflitantes. Na síntese do autor: «se um elevado interesse punitivo em relação à criminalidade grave fala contra o efeito-à-distância, já inversamente um atentado grave aos direitos individuais protegidos sugere a intervenção do efeito-à-distância»* ” – *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 176. Aqui relevará sobremaneira o dever funcional (ou poder-dever) que referimos no âmbito do capítulo introdutório do presente estudo, do *desenvolvimento do Direito superador da Lei* que cabe ao juiz, na esteira das atribuições que a ordem constitucional portuguesa lhe atribui de vinculação a um ideal de Justiça e realização máxima do mesmo.

*autos e deve surgir como uma diligência promissora de sucesso relativamente aos objectivos delineados na investigação*”<sup>186</sup>.

Como bem denota a mesma autora, “*é clara a preocupação de há muito evidenciada pelo BVerFG no sentido de, não apenas as normas como também as próprias decisões que habilitam à realização de medidas de ingerência nos direitos fundamentais deverem ser tanto mais justificadas (proporcionadas) e fundamentadas quanto maior for a ingerência (restrição ou privação de um direito) que admitem*”<sup>187</sup>.

Em certa medida, entendimento que vai ao encontro daquilo que propugnamos *supra* relativamente ao facto de não poderem nem deverem ser tão-só as normas positivadas a esgotar todas e quaisquer ponderações que se exijam ou relevem ao nível da conflitualidade de interesses constitucionais.

Realçando uma vez mais que não defendemos qualquer afronta ao princípio da separação de poderes, lembremos também que o mesmo princípio, se compreendido numa lógica de *freios e contrapesos*, reclama a necessária ingerência dos vários poderes soberanos uns nos outros, para que nenhum reste incólume a qualquer controlo.

Ora, sem prejuízo de aceitarmos e reconhecermos como desejável que se reserve ao poder legislativo a tarefa de acautelar a ponderação de interesses constitucionais aquando da actividade de produção normativa, porquanto imprescindível ao acautelar da sempre desejável segurança jurídica, não deixaremos também de defender que ao poder jurisdicional deve sempre sobrar um mínimo de ponderação, mesmo que sobre ponderações previamente feitas pelo órgão legislativo, para que com isso, por um lado, sejam sindicáveis as primeiras ponderações e, por outro lado, seja sempre viável a realização de um ideal de Justiça no caso concreto.

---

<sup>186</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 226.

<sup>187</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 229.

## 1.2. A *importação* para o sistema português

### 1.2.1. O acolhimento ou a falta dele

O princípio da ponderação de interesses aplicado estritamente ao regime das proibições de prova, tal como “desenhado” pela doutrina e jurisprudência alemã, não teve da parte do legislador português uma consagração expressa ao nível legal. O legislador tomou a opção de por si realizar ponderações em termos genéricos no seio dos institutos processuais penais que possam, em certa medida, ser marcados por uma conflitualidade de interesses constitucionalmente relevantes.

Diremos antes que a ponderação de interesses será uma decorrência prática da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade e na procura exigida da verdade material<sup>188, 189</sup>, verdade esta funcionalmente orientada à legalidade processual<sup>190</sup>. Ou seja, a aplicação casuística da ponderação de interesses no

---

<sup>188</sup> Na relação da verdade material com o princípio da legalidade enfatiza MARQUES FERREIRA que “*pressupõe este princípio a existência legal de limites aos meios de prova pois na prossecução da verdade material que se pretende atingir no processo penal o julgador não pode deixar de ter sempre presente o pensamento de HEIDEGGER de “toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa”*” – “Meios de Prova”, *op.cit.*, página 224. Como temos vindo sempre a defender e a ressaltar neste estudo, nunca se poderá afirmar qualquer sobreposição permanente, ou sequer instituída, entre os diferentes interesses e princípios reconhecidos constitucionalmente no âmbito do Processo Penal português: verdade, legalidade, contraditório, objectividade, salvaguarda de direitos fundamentais, entre outros, estão contínua e eventualmente em colisão. Assim, é de uma importância fundamental compatibilizá-los e encontrar a sua “concordância prática” aquando da actividade legislativa mas também, e numa importância também ela de grande relevo, assegurar-se que o julgador na “resolução do pleito” possa, também ele, encontrar a conformação devida dos diferentes interesses conflituantes, nem sempre devidamente compatibilizados pelo legislador.

<sup>189</sup> Sobre a relevância do alcance da verdade material no âmbito do processo penal português, e especial incidência de princípio em sede de audiência de julgamento, veja-se, designadamente, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, “O julgamento...”, *op.cit.*, página 275.

<sup>190</sup> Sobre a intencionalidade de alcance da verdade no processo penal, na sua relação com a máxima de realização da justiça penal, tanto pelo Ministério Público, como no exercício da função jurisdicional, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo

âmbito da produção e da valoração de provas proibidas reclama pois que, entre outras razões, a verdade material funcionalmente orientada a obediências de legalidade poderá, na conjugação com outros interesses de índole constitucional, exigir a produção e valoração de provas proibidas.

A evolução social constante, que deve, insofismavelmente, ser acompanhada pelo meio jurídico, exigiria da parte do legislador uma atenção maior à prática judiciária. Na verdade, a análise que fizemos à jurisprudência nacional, sobretudo ao nível do Supremo e do Tribunal Constitucional, permite constatar, sem margem para dúvidas, o facto de a mesma jurisprudência estar pronta e aberta a aplicação da ponderação de interesses ao nível das proibições de prova.

Ademais, constate-se que não foi pelo facto de os tribunais que abertamente fizeram a aplicação da ponderação de interesses como forma de excluir proibições de prova “cegas” e automáticas que alguma vez se descurou a necessária protecção dos direitos fundamentais do arguido, como essência daquele regime.

### **1.2.2. Posição adoptada**

Neste ponto, procuraremos sustentar a nossa tese em dois segmentos distintos: por um lado, em que âmbito faz sentido o recurso à teoria da ponderação de interesses; por outro lado, delimitada a esfera de actuação daquela, saber em que medida é feito o balanceamento entre a salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido e a viabilidade de se valorarem provas “à partida” proibidas.

Relativamente ao primeiro, diga-se que a esfera de actuação primordial à ponderação de interesses, para o que ora releva, encontrar-se-á em sede de julgamento, tanto quando o juiz seja confrontado com a hipótese de se produzir e consequencialmente valorar material probatório proibido, como quando em sede de fundamentação da sua decisão destaque esse mesmo facto.

---

Penal”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, página 25.

Não será, no entanto, menos importante o recurso à ponderação de interesses em momentos anteriores à fase de julgamento. Na verdade, um pouco na óptica da concepção do poder jurisdicional como um poder de aferição e controlo do respeito à Lei<sup>191</sup>, em sede de inquérito o recurso à ponderação de interesses assumir-se-á, também aqui, essencial. Autorizar ou não autorizar determinada diligência probatória, validar ou não validar a mesma, garantir os direitos fundamentais do arguido ao mesmo tempo que não se descuram os interesses estruturantes da comunidade. Todas estas questões são permanentemente colocadas perante o julgador nas fases anteriores ao julgamento, devendo este valer-se da ponderação de interesses de forma a alcançar a resposta adequada àquelas.

É assim demonstrada a necessidade e efectividade que a ponderação de interesses reclama no processo penal de forma horizontal, isto é, em todas as fases do processo.

Quanto à segunda questão formulada em jeito de introito – saber em que medida se viabilizará a produção e consequente valoração de provas proibidas sem descurar a teleologia central ao regime das proibições de prova (a protecção dos direitos fundamentais do arguido) – sem nos comprometermos em exclusivo com a resposta, somos de oferecer duas hipóteses, tanto que já vinham sendo adiantadas nos capítulos anteriores: por um lado, a produção e consequente valoração de provas proibidas é admitida quando, se mantida a proibição, for o interesse do arguido a reclamá-lo (sobretudo quando estiver em causa a respectiva liberdade); por outro lado, a ponderação de interesses, como forma de desenvolvimento do Direito superador da lei, poderá legitimar o afastamento do chamado efeito-à-distância das proibições de prova. São soluções não extremadas, ao não propenderem para a viabilização de tudo, como para a sua recusa. Afinal, *é no meio que está a virtude*<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> Concepção essa que, como vimos, não é aceitar em termos literais.

<sup>192</sup> Após apontar as soluções diametralmente opostas relativamente à “recepção” pelo tribunal, do material probatório recolhido ilegalmente, POLYVIOU aponta então a solução intermédia que, à

Tanto a doutrina continental europeia, como a doutrina anglófona, propendem para um ideal que irradia, no âmbito do regime das proibições de valoração de prova, as soluções radicais: aquelas que sufragam uma “recepção” ilimitada de todo e qualquer material probatório, lícito ou ilícito, normalmente em nome de um “super-princípio” da busca da verdade material no processo penal <sup>193</sup>; ou aquelas que, sem mais, perante elementos probatórios “contaminados” pela ínfima espécie de irregularidade / invalidade, excluem qualquer possibilidade de “recepção” (da prova) pelo juiz, independentemente dos interesses constitucionais a proteger.

No relato que MANUEL DA COSTA ANDRADE faz sobre as várias teses a relevar neste âmbito, recorda que a “*necessária e permanente referência ao caso concreto impõe naturalmente balizas à reflexão sobre as proibições de prova e os*

---

data, seria perfilhada pela maioria da doutrina anglo-saxónica. Diz-nos o autor: “*the third solution is an intermediate one. On this view no dogmatic answer is possible. In some cases illegally obtained evidence should be admitted and in others it should be excluded, the decisive criterion being that of an assessment in each case of the needs of two competing requirements of public policy, first the public need to secure the conviction of those who commit criminal offences and secondly the public interest that the citizen should be protected from illegal or irregular action on the part of the state, if need be by the exclusion of improperly secured evidence*”. P.G. POLYVIU, “Illegally obtained evidence and R. V. Sang”, em *Crime, Proof and Punishment – Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres, 1981, página 228.

<sup>193</sup> Exemplificando um modelo extremo de “aceitação”, diz-nos POLYVIU: “*The strict inclusionary model is exemplified by the attitude of the Canadian Supreme Court. Here all relevant evidence, however obtained, is admissible, subject only to a discussion to exclude evidence that is «gravely prejudicial» to the accused, of «trifling» probative force and of «tenuous» admissibility; it is only the admission of such evidence that will result in unfairness to the accused and with which courts must concern themselves; and any illegalities or improprieties attending the obtaining of incriminating evidence are res inter alios acta, to be dealt with in separate civil, criminal or internal disciplinary proceedings*” – “Illegally...”, *op. cit.*, páginas 228-229. Como já havíamos referido *supra*, também no direito norte-americano, a jurisprudência do *Supreme Court*, chegou já a defender que o regime das *exclusionary rules* (= proibições de prova) não será o único meio dissuasor da actividade abusiva das *instâncias formais de controlo*: para determinadas situações, o Tribunal aponta que os meios comuns da jurisdição civil, v.g., acções de responsabilização civil, são meios “bastantes” para a salvaguarda dos interesses subjectivos do acusado.



*princípios fundamentais do seu regime. Não pode, nomeadamente, aspirar-se à definição de uma qualquer malha de enunciados normativos, capazes de enquadrar, como premissas de um rígido programa condicional, as pertinentes expressões da vida. Terá, pelo contrário, de optar-se por um discurso marcado pela plasticidade e abertura à **surpresa do caso concreto**. Como HASSEMER pertinentemente enfatiza, mais do que impor soluções por demonstração dedutiva, este discurso há-de empenhar-se em apontar caminhos” (...)*<sup>194, 195</sup>.

Assim, uma forma de resolução dos conflitos de princípio em sede de proibições de prova “*resulta de uma rigorosa delimitação do âmbito de protecção dos preceitos constitucionais, incluindo, eventualmente, o reconhecimento de certos limites iminentes aos direitos fundamentais.*” (...) “*É a própria Constituição que não protege esses modos radicais de exercício do direito fundamental, designadamente quando eles integram um ilícito jurídico criminal*”<sup>196</sup>.

## **§2.º A protecção dos Direitos Fundamentais do Arguido**

### **2.1. Teleologia central no regime das proibições de prova**

O regime das proibições de prova do processo penal português está indubitável e teleologicamente orientado à protecção dos direitos fundamentais do arguido. O controlo da actuação dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais, também teleologicamente, é uma decorrência da primeira ordem de valores<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> Sublinhado e destaque nosso.

<sup>195</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op.cit.*, página 116.

<sup>196</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção...”, *op.cit.*, páginas 182 e 183.

<sup>197</sup> A título exemplificativo, são afirmações como a de GERMANO MARQUES DA SILVA de que “*todas as proibições de prova se reconduzem, ao fim e a o resto, à proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas*” que são, normalmente, invocadas pela jurisprudência e doutrina nacionais. “Ponderação e valoração da prova em processo penal”, em *RCEJ*, n.º 4, 2006, página 41.

Assim, além de se conceberem uma multiplicidade de situações onde a intervenção de um juiz garante dos direitos e liberdades individuais – o juiz de instrução criminal – é um elemento essencial ao desempenho regular e efectivo das incumbências de investigação criminal do Estado, reconhecem-se a outros sujeitos processuais – para o que ora releva, ao arguido e seu defensor – a susceptibilidade de recurso a determinados meios de reacção a lesões previsíveis ou consumadas daqueles direitos.

Onde o recurso a esses meios ganha maior peso, talvez ao contrário do que faria maior sentido em teoria, é em sede de julgamento, quando a maior parte da prova já terá sido recolhida para os autos e quando as lesões a direitos fundamentais terão um risco menor de ocorrer – pense-se no facto de diligências probatórias como buscas, escutas ou apreensões de documentos e correspondência ocorrem, por via de regra, em sede de inquérito<sup>198</sup>.

Surge então a questão: qual a razão de se atribuírem esses meios de forma quantitativamente superior em sede de julgamento e não em momento anterior, quando a possibilidade de lesão de bens jurídicos individuais constitucionalmente reconhecidos é maior e quando o risco de ingerência em direitos fundamentais tem uma intensidade tal que em teoria justificaria que ao arguido e respectivo defensor fosse dada a hipótese de se pronunciarem e defender dessas lesões e ingerências.

Por uma razão que, ainda que não simples, é, porventura, aparentemente notória: se se garantisse ao arguido a possibilidade de contraditório relativamente a esses mesmos mecanismos eventualmente lesivos e atentatórios dos seus direitos individuais – estamos-nos a referir aos meios de obtenção de prova – os mesmos

---

<sup>198</sup> Neste sentido, veja-se, designadamente, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos...”, *op.cit.*, página 28.

demonstrar-se-iam inúteis, tornando-se facilitada a susceptibilidade de frustração dos seus fins – a recolha de prova<sup>199</sup>.

O legislador português procurou então minimizar esses riscos de ofensa aos direitos fundamentais do arguido ao não lhe serem assegurados de forma absoluta ao longo de todo o processo – desde o início do inquérito até ao fim do julgamento – delimitando as atribuições e competências do poder judicial por um lado e, sobretudo, a actuação do titular da acção penal, o Ministério Público, sob um vínculo estreito a princípios de legalidade objectiva na sua actuação.

Todavia, *“não é pelo facto de o procurador dever permanecer neutro que ele age necessariamente de maneira imparcial. E mesmo que uma tal crítica possa igualmente ser apontada ao juiz de instrução, a verdade é que aquele se encontra numa posição mais favorável do que o ministério público, para respeitar a objectividade do inquérito, uma vez que a este último incumbe o duplo papel de acusador e investigador”*<sup>200</sup>.

Assim, é inquestionável a importância de se caracterizar a actuação jurisdicional como uma actuação orientada à realização de um ideal máximo de justiça. Por ser essa a orientação que assegurará a maximização da protecção dos direitos fundamentais do arguido. Por ser essa a orientação que salvaguardará, em certa medida, o controlo da actuação do Ministério Público que poderá desembocar na ofensa dos mais elementares direitos do indivíduo<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Como bem denota MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS – *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 14 – *“Talvez seja a hora de reparar melhor noutras razões que se encontram subjacentes à proliferação de mais do que uma versão dos factos num mesmo processo, indagando se são as garantias decorrentes da participação da defesa no procedimento que impedem o seu conhecimento ou se, pelo contrário, será o défice da sua verificação na fase inicial do processo que a deterioram, deixando-lhe, no entanto, marcas para sempre e que não se confinam ao âmbito dos autos”*.

<sup>200</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 23.

<sup>201</sup> Sem com isto querermos afirmar de forma alguma que se possa falar numa qualquer subordinação ou sequer dependência funcional da magistratura do Ministério Público à

Em sede de inquérito, ao não se atribuir ao arguido a susceptibilidade de se pronunciar relativamente a buscas ou apreensões, por exemplo, de que este seja visado, haverá que garantir uma forma para que alguém, não necessariamente em nome ou em representação dele, assegure que os seus legítimos direitos e interesses constitucionalmente protegidos sejam sempre e invariavelmente salvaguardados – essa tarefa caberá ao poder jurisdicional.

É face a esta constatação – entre outras ordens de razão já apontadas *supra* – que entendemos que o reconhecimento de uma possibilidade do julgador operar uma forma de *desenvolvimento do direito superador da lei* se assume como imprescindível, sobretudo quando o que está em causa é a protecção de direitos fundamentais.

A realização de um ideal máximo de justiça reclama, por um lado, que o juiz não se encontre preso por “amarras” que o impedem de proteger direitos individuais constitucionalmente reconhecidos sem todavia esquecer, por outro lado, que a realização desse ideal de Justiça não significa *ipsis verbis* protecção dos direitos fundamentais do arguido.

Isto é, o ideal máximo de Justiça não se compromete com nenhuma das orientações que estão aqui em colisão: de um lado a protecção dos direitos fundamentais do arguido, de outro lado a protecção de direitos fundamentais de outros, a efectivação da tutela punitiva do Estado e a segurança da Comunidade.

Encontrando-se o regime das proibições de prova do nosso sistema processual penal teleologicamente orientado à protecção dos direitos fundamentais do arguido, o poder jurisdicional, *ab initio*, deverá pautar a sua actuação nesse sentido. Ainda assim, quando a mesma se assumir redundante, simultaneamente afrontando valores maiores que o mesmo sistema processual – e

---

Magistratura Judicial. Não propugnamos por esse entendimento. O que queremos significar é que o titular da acção penal cada vez que promove determinado acto potencialmente lesivo de direitos fundamentais do visado pelo mesmo ficará, materialmente, sujeito a determinado controlo do juiz de instrução ao carecer da autorização ou aprovação deste relativamente a esses mesmos actos.

sobretudo constitucional – visa proteger, *superando a lei* deverá o julgador *ditar o direito* conformando a solução final de acordo com os valores maiores que a própria Lei Fundamental comanda.

MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS ao fazer enquadramento da matéria das proibições de prova no estado actual da ciência jurídica avança a questão que “*é a de saber se esta forma de protecção dos direitos fundamentais restringidos pelas medidas processuais penais, a que é necessário recorrer ao longo da realização do inquérito criminal, traduz tutela adequada e suficiente para aqueles direitos*”<sup>202</sup>. No entanto, da nossa parte, suscitamos algumas reservas ao tomar como pacífico se esta é a forma mais correcta de colocar a mesma questão.

Na verdade, como vimos *supra*, recusamos o entendimento que perspectiva a adopção das medidas processuais penais atentatórias de direitos fundamentais como verdadeiras restrições, no sentido rigoroso advindo da doutrina constitucionalista. Mas também, com efeito, teremos reservas em afirmar que, actualmente, se se deverão questionar as proibições de prova como forma de “tutela adequada e suficiente” para os direitos fundamentais ou se, noutra perspectiva, prévia a esta, se sequer deverão ser enquadrados enquanto mecanismos de tutela *necessária* para os mesmos direitos.

Na verdade, como já foi aqui exemplificado, os direitos individuais constitucionalmente reconhecidos que à partida se encontram sob o âmbito de protecção do regime das proibições de prova, designadamente por via das normas ínsitas aos artigos 32.º, n.º 8, da CRP, e do artigo 126.º, do CPP, não são mais do que um reforço indirecto de uma protecção que já é em si mesma instituída por outros normativos de natureza constitucional e legal.

Por força da aplicação directa das normas respeitantes a direitos, liberdades e garantias, bem como da vinculação destas aos entes públicos e privados – cfr. artigo 18.º, da CRP –, o positivar de outros mecanismos de tutela dos direitos

---

<sup>202</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 292.

individuais do arguido poderá ser, em certa medida, redundante. Redundante porquanto a sua protecção dispensar esse reforço, mas sobretudo pelos problemas que pode suscitar quando em colisão com outros interesses de relevo igual ou superior, no caso concreto.

São indiscutíveis as vantagens que um regime de *numerus clausus* pode albergar, designadamente ao acautelar expectativas jurídicas e garantir a salvaguarda da confiança legítima que todos devem aguardar antecipadamente à aplicação da lei.

Todavia, fixar-se um sistema “fechado” – e nisto estamos a pensar tanto na previsão constitucional como ao nível do CPP, relativamente ao regime das proibições de prova – quando, permanentemente, se encontram em colisão interesses muitas das vezes diametralmente antagónicos inviabiliza, também um sem número de vezes, a solução mais adequada ao caso concreto, conduzindo a mesma solução para resultados indesejados.

Valor inquestionavelmente maior no âmbito do sistema processual penal português, não é, a protecção dos direitos fundamentais do arguido, ainda assim, um valor isolado e, muito menos, absoluto.

Um sistema onde deve primar a eficácia máxima da realização da justiça penal – realização essa que não se compromete em absoluto, por lado, com a salvaguarda de direitos, liberdades e garantias do arguido nem, por outro, com a defesa de interesses comunitários –, exige-se uma estruturação do sistema onde não se julgue que interesses permanentemente conflituantes podem de uma só vez e para o futuro ficar definitivamente resolvidos.

O regime das proibições de prova, nesta ordem de razão, exigiria outra postura da parte do legislador, deixando ao órgão máximo na realização da justiça penal o espaço necessário à conformação de interesses divergentes.

O princípio da separação de poderes e a reserva da competência legislativa ao Parlamento – e algumas vezes ao Governo – não exigem em si mesmas que na

criação de actos legislativos se “resolvam” os conflitos em choque no âmbito de qualquer sistema ou regime jurídico. Salvo melhor opinião, além de ser uma tarefa impossível é, sobretudo, uma tarefa indesejável.

## **2.2. Protecção formal ou substantiva?**

Como já foi constatado, *“a verdade é que ao longo de muito tempo a evolução dogmática das proibições de prova se manteve no horizonte traçado pela dinâmica do procedimento penal, centrando as preocupações na justificação da proibição de valoração de prova no processo através da consideração da relevância da violação dos procedimentos na lei”*. Tomando em consideração uma referência específica à realidade portuguesa *“foi também esta visão tendencialmente influenciada pela economia do processo que dominou a nossa jurisprudência sobre as proibições de prova, estádio, aliás, que ainda não foi possível ultrapassar e de que acima já demos notícia recorrendo ao exemplo do tratamento jurisprudencial dado ao acompanhamento judicial das escutas telefónicas ou das buscas domiciliárias”*. (...) *“Uma perspectiva que, apesar de reconhecer que as proibições de prova têm a natureza de instrumentos de defesa dos direitos fundamentais obscura, afinal, a resposta a dar em sede de tutela efectiva do direito”*<sup>203</sup>.

É esta mesma “postura” que conduz, em muito, a jurisprudência nacional – e aqui também referindo-nos, sobretudo, à problemática das escutas telefónicas ou das buscas domiciliárias – não tanto a acautelar os direitos fundamentais que as regras de produção de prova ou que as proibições de prova visam salvaguardar mas, sobretudo, se aquelas mesmas regras foram respeitadas, se as premissas fixadas pelo legislador no CPP para que determinados meios de obtenção de prova se considerem constitucionalmente legitimados foram efectivamente seguidas.

Ora é este mesmo apego ao formalismo na aplicação do Direito que nos levou às críticas que desenvolvemos na primeira parte do presente estudo, relativamente ao apego “cego” aos ditames da lei que redundam, em última

---

<sup>203</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, op.cit., página 324.

análise, num silogismo puro, no qual o julgador como um verdadeiro *autômato* atesta o cumprimento “puro” do que a lei comanda – olvidando-se assim princípios constitucionalmente reconhecidos que formam o nosso sistema processual penal e que são inevitavelmente afrontados nesse apego desmedido ao que o legislador ditou por via da lei.

Recorde-se que o sistema processual penal português, ao contrário do que vimos *supra* e que se reconhece relativamente ao modelo norte-americano, é um sistema orientado em primeiro lugar para a salvaguarda de determinados direitos fundamentais, e só num segundo plano para a problemática da fiscalização da conduta das chamadas *instâncias formais de controlo* – e daí a importante diferenciação entre *regras de produção de prova* (que se dirigem, sobretudo, às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal) e *regras de proibição de prova* (que são orientadas a todo e qualquer interveniente processual) <sup>204</sup>.

Melhor estaríamos se de uma vez fossem resolvidas as dúvidas quanto à diferenciação entre as regras de produção de prova e as regras de proibição de prova pois que as mesmas dúvidas além de afrontarem sobremaneira a segurança jurídica que sempre cumpre proteger de forma séria, poderão sobretudo resultar em soluções estranhas ao que o legislador quis prever e sobretudo orientar. Senão vejamos.

---

<sup>204</sup> Noutros modelos processuais europeus este entendimento não é assim tão pacífico. Além das situações que já referenciámos na análise do sistema germânico, em França a Jurisprudência tende a considerar que mesmo as *regras de proibição de prova* se destinam tão-somente às instâncias formais de controlo, se bem que não assumindo-o frontalmente. Como se retira de um ensaio de VALÉRIE DERVIEUX sobre o sistema francês, “*A prova será admitida apenas se tiver sido legalmente admitida e sem interferir nos direitos de defesa. Por exemplo, confissões feitas por uma pessoa sob hipnose, ou relatórios de infracções a partir de comunicações falsas à polícia não são aceites*”. (...) “*Contudo, esta limitação legal de admissão das provas não se aplica senão aos actores públicos. Com efeito, a Corte de Cassação, considerou que os juízes criminais não poderiam descartar provas produzidas pelas partes privadas apenas com base no facto de que elas haviam sido ilegalmente obtidas*”, em *Processos Penais da Europa*, (org.) MIREILLE DELMAS-MARTY (tradução de Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferizato Choukr), Rio de Janeiro, 2005.



A teleologia das regras de produção de prova, de uma forma muito mais imediata do que a que se verifica relativamente às regras de proibição de prova, é a disciplina das autoridades judiciais, e demais sujeitos processuais, no âmbito dos meios de obtenção de prova e na utilização que é feita desta. Doutro passo, as regras de proibição de prova visam sobretudo a protecção substantiva dos direitos fundamentais do arguido, sendo a disciplina dos sujeitos processuais mais uma inevitabilidade da aplicação deste regime, não tanto uma exigência primacial.

Se de alguma forma, na aplicação prática de cada um dos regimes invertermos as finalidades que movem cada um deles, além de podermos qualificar essa actuação como legalmente fraudulenta, absurda e desleal, poderá, por isso mesmo, reverter em prejuízo tanto dos interesses individuais do arguido como dos interesses colectivos que também merecem tutela digna.

Isto é, e exemplificando, a exigência de fundamentação quando o Ministério Público promove uma busca domiciliária e quando o juiz de instrução criminal a autoriza, mais que disciplinar o modo específico de obtenção de prova que este método de prova alcança, impulsiona sobretudo a protecção de determinados direitos fundamentais do visado pela busca, *maxime* a protecção do domicílio e a reserva da intimidade pessoal.

Dada a importância e o reconhecimento constitucional que estes direitos e interesses individuais reclamam, qualquer limitação ao seu exercício deverá demonstrar-se assumidamente justificada no contraponto com outros interesses dignos de protecção. A fundamentação da promoção da busca e do despacho que a autoriza devem ser o espelho dessa justificação.

Assim, em tese, se admitirmos que o vício na fundamentação prévia à realização de uma busca se reconduz ao regime típico das invalidades processuais penais – nulidades e irregularidades processuais – a posição do arguido poderá ficar injustificadamente comprometida. A falta de fundamentação do despacho que autoriza uma busca ou, previamente, também do despacho que a promove, ou a fundamentação deficiente equivalente à falta de fundamentação, na conjugação com os direitos fundamentais visados na exigência de uma fundamentação devida,

não se compadecem com o rótulo de meras invalidades processuais – pense-se na susceptibilidade de um vício com esta gravidade ser passível de sanção.

Assertivamente diga-se que o que aqui está em causa é uma proibição de produção de prova e, eventualmente, uma proibição de valoração de prova – que ocorrerá por via de regra em consequência da primeira, ressalvadas as situações excepcionais que vimos arguindo quanto à possibilidade de valoração de material probatório proibido.

Doutro passo, ainda dentro do exemplo das buscas domiciliárias, quando realizadas sem prévia autorização judicial (artigos 174.º, n.ºs 5 e 6, e 177.º, n.º 3, do CPP), mas com necessária validação subsequente do Juiz, o tempo que o legislador prescreveu e que medeia a realização da busca e a levada ao conhecimento do magistrado judicial, deve ser estrita e escrupulosamente cumprido – isto é, a realização da busca deve ser “imediatamente comunicada” ao juiz. Aqui, ao contrário do que se referiu *supra*, pretendeu-se disciplinar a actuação das autoridades judiciais no âmbito das diligências de prova – a protecção do domicílio e a reserva da intimidade pessoal do arguido são realidades mediatamente protegidas pela disciplina exigida àquelas autoridades. Fará assim sentido invocar uma proibição de prova (tanto de produção de prova, como de valoração) quando aquele período temporal é incumprido por escassos minutos ou por um par de horas? Certamente que não, e muito menos quando não haja um fundamento bastante para o efeito. A proibição de prova é uma consequência demasiadamente onerosa e gravosa para todo o sistema processual penal para que possa ser invocada a bel-prazer ou quando o instituto processual incumprido não visava, de forma imediata, a protecção dos direitos fundamentais do arguido<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> Criticando aqueles que defendem a cominação deste incumprimento com a nulidade sanável, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, páginas 157 e 158. Diz-nos a autora: “ (...) o amplo consenso doutrinário quanto ao regime de validação das buscas estendeu-se também ao regime sancionatório para o incumprimento da comunicação imediata ao juiz de uma busca realizada pelos órgãos de investigação ou da falta de apreciação imediata por

Quando o legislador constitucional cominou a nulidade prevista no artigo 32.º, n.º 8, da Constituição e o legislador infraconstitucional “imitou” aquele ao prescrever a mesma sanção no artigo 126.º do Código – e em outros institutos dispersos no Código – estimulou-se a verificação deste tipo de “confusões”, e por vezes fraudes, na aplicação das regras de proibição de prova e nas regras de produção de prova.

Melhor estaria o legislador ao renunciar a soluções generalistas no âmbito das proibições de prova, densificando para cada método e para cada meio de prova com a clareza e precisão devidas quando estão em causa as primeiras e quando as segundas, abrindo mão da incorrecção pretérita na referência invariavelmente feita à expressão “nulidade”. Da nossa parte, julgamos que não tem sido alcançada até então a coerência que se exigia na aplicação do processo penal<sup>206</sup>.

### **2.3. A conformação dos interesses em jogo**

Como já foi abordado, tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais tendem a conceber as regras de proibição de prova como um regime sobremaneira rígido. Entende-se que as ponderações entre diversas realidades e interesses constitucionalmente reconhecidos que a sua aplicação suscita estão definitivamente resolvidos por parte do legislador.

---

*parte do juiz previstas no nº 6 do art. 174º (por remissão do art. 177º, 4). Uma sanção que, surpreendentemente, se basta com a nulidade sanável, o que está longe de constituir com a solução mais coerente com a referida ideia de intervenção garantística atribuída ao juiz, mas acima de tudo, dificilmente se compatibiliza com a natureza jurisdicional da decisão proferida nesse âmbito”.*

<sup>206</sup> Algo que FIGUEIREDO DIAS, como Presidente da Comissão que promoveu a elaboração do Código de Processo Penal de 1987, sempre desejou: “*Se o novo Código puder contar desde a sua entrada em vigor, como todos decerto veemente desejamos, com uma praxis de aplicação razoavelmente uniforme e isenta de equívocos fundamentais, isso ficará seguramente a dever-se, em larga medida, a realizações como a presente*”. Texto lido pelo próprio no âmbito das Jornadas de Direito Processual Penal promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas..., op.cit.*, página 4.

Sem prejuízo de considerarmos que tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais não estão longe da verdade, ou seja, de que terá sido intenção do legislador resolver para o futuro os conflitos de interesses susceptíveis de surgir no âmbito das regras de proibição de prova – a protecção dos direitos fundamentais do arguido *versus* defesa de interesses comunitários, como seja a segurança comunitária ou a tutela punitiva do Estado –, certamente não admitiremos que seja a intenção do legislador o único critério ordenador no âmbito da interpretação-aplicação da Lei, e muito menos que a mesma restrinja o aplicador do direito *ad eterno*, ao ponto de eternizar soluções que, ainda que não na sua génese, em determinado momento se assumam em afronto à Constituição.

Na verdade, é em situações como as preconizadas *supra* relativamente aos institutos do desenvolvimento do Direito superador da lei e da interpretação conforme à Constituição que será, porventura, mais premente relegar para um segundo plano a intenção do legislador no âmbito da criação de determinado normativo, neste caso, na criação das regras de proibição de prova no sistema processual penal português. Desde logo porque nos é difícil admitir que haja a primazia de um qualquer critério no âmbito da interpretação jurídica. Ainda assim, a haver, não consideramos que seja o *pensamento do legislador*.

Dito isto, no âmbito das regras de proibição de produção e de valoração de prova, é tarefa do intérprete alcançar, num primeiro momento, uma concordância prática entre o resultado da subsunção dos factos às normas concretamente aplicáveis com a teleologia do sistema (global) da prova penal. Este sistema está predominantemente orientado à protecção dos direitos fundamentais do arguido. De seguida, é um sistema motivado por preocupações de índole processual, como seja a celeridade do processo, a eficiência dos actos processuais com vista a eficácia máxima da acção penal. Neste âmbito, da eficácia e eficiência da acção penal, a descoberta da verdade material assume-se como o seu corolário<sup>207</sup>. Num

---

<sup>207</sup> Sobre a descoberta da verdade material, defende PAULO DÁ MESQUITA, e nós acolhemos, que “No sistema português compete ao tribunal descobrir a verdade material, as partes têm o direito, no caso da acusação pública o dever, de colaborar com o tribunal, o sistema repousa numa epistemologia em que a força das proposições depende da margem de acção do decisor, a

último momento, e num plano superior, ter-se-á que afirmar que a protecção dos direitos fundamentais do arguido foi acautelada, respeitados os interesses processuais objectivos e sem nunca descurar a devida atenção aos interesses comunitários que já destacámos.

A ser assim, é-nos inconcebível admitir que por força ou do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição ou, globalmente, do artigo 126.º do Código, seja vedada ao juiz a susceptibilidade de produção, e consequente valoração, de provas proibidas quando o resultado dessa mesma produção e valoração de material probatório proibido resulte na preservação de interesses casuisticamente superiores aos que são acautelados pela própria proibição, *maxime* a liberdade do arguido.

Clarificando: não faz qualquer sentido afirmar que uma regra (de proibição de prova) que esteja orientada à protecção daquele sujeito processual seja, simultaneamente, a causa do seu desfavorecimento e da violação dos seus mais elementares direitos fundamentais.

A não “absolutização” de qualquer princípio estruturante do processo penal comanda a que na aplicação de soluções concretas que, em certa medida, “fogem” ao que se encontra normativamente positivado, antes surgem de uma compreensão global do próprio sistema, ocorra uma efectiva ponderação de interesses<sup>208</sup>.

---

*priori não carecido de fundamentação epistemológica. A imparcialidade como parâmetro de decisão judicial tem de se articular com margem operativa em matéria probatória, quer na iniciativa, quer na produção de prova” – A prova do crime..., op.cit., páginas 256-257.*

<sup>208</sup> Como se pode ler na Exposição de Motivos elaborada pela Comissão que procedeu à elaboração do Código de Processo Penal, anexa à respectiva proposta de lei (Suplemento do BMJ, 1986, página 11), “São, com efeito, os valores e as formas deste modelo de organização comunitária que definem o horizonte em que o Código pretende inscrever-se. Este assume, em conformidade, a ideia-mestra segundo a qual o processo penal tem por fim a realização de justiça no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos”. Associando estas três finalidades essenciais ao sistema processual português à relevância da ponderação de interesses no caso, recorda-se que “porém, como estas três referências valem em processo penal como polarizadores autónomos de universos de valores e geradores de princípios de implicações inevitavelmente antitéticos. Afastada está pois, à partida, a possibilidade de se pôr de pé um sistema processual que dê satisfação integral às exigências

Significando isso que a ponderação é feita na génese do “problema”, no momento em que se conclui que o direito positivo não dá as respostas idóneas constitucionalmente conformes; que a ponderação de interesses reclama um debate entre todos os agentes que no processo penal possam directa ou indirectamente ser afectados pela solução; que fruto desse debate se alcance o consenso possível.

É o princípio da separação de poderes respeitado, sendo este instrumento um corolário de um sistema de “freios e contrapesos”; é o princípio da legalidade respeitado – ao mesmo tempo que a vinculação do poder jurisdicional à lei e ao Direito –, pois que este não reclama uma vinculação exclusiva às normas positivas, mas ao ordenamento jurídico tido como um todo; é o princípio do acusatório – e dentro deste, a igualdade de armas – devidamente acautelado, pois que a todos os sujeitos processuais é dada a hipótese de se pronunciarem e apresentarem as soluções que perspectivam como adequadas ao acautelar dos seus interesses<sup>209</sup>.

---

*decorrentes de cada uma daquelas três referências. Por maioria de razão deve aliás, afastar-se, sem mais, toda a pretensão de absolutizar unilateralmente qualquer delas – sob pena de se abrir porta às formas intoleráveis de tirania, ou de se advogarem soluções do mais inócuo ritualismo processual. O possível, e também – importa acentuá-lo – o desejável, é, assim, um modelo processual preordenado à concordância prática das três teleologias antinómicas, na busca da maximização alcançável e admissível das respectivas implicações”* (Sublinhado e destaque nossos). Salvo melhor opinião, ainda antes da entrada em vigor do Código de 1987 já se reclamava um espaço suficiente à aplicação casuística e ponderada dos vários interesses em colisão.

<sup>209</sup> Princípio a destacar neste âmbito concreto, ao lado da estruturação acusatória do processo penal português, é também o princípio da oralidade, fundamental em sede de julgamento. “*Convencidos, porém como estamos e já por antecipação, do relevo que no referido Código assume o mencionado princípio da oralidade, não resistimos a provocar amistosamente quantos neste novo Código vêem tantos sinais reiterados do que chamam de administrativização, ministeriopublicização e policialização quando, na verdade, como em nenhum outro momento da nova evolução jurídica, se encontrou um Código que levasse tão longe a linha da frente da jurisdicionalização, naquilo que ela tem de mais específico: a outorga a juízes do poder de aferição da prova e da livre apreciação da responsabilidade penal, sem submissão ao material probatório previamente escrito durante o corpo de delito, ou a autos que façam fé em juízo até prova em contrário*” – JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, “O julgamento...”, *op.cit.*, página 274.

## **2.4. Protecção da liberdade do arguido e recusa de um efeito-à-distância automático**

Posto isto, não nos causa qualquer repúdio admitir, em tese, que o arguido, materialmente inocente ainda que acusado de um qualquer crime, possa requerer a produção e valoração da gravação de uma conversa havida com o assistente – cujo consentimento deste não foi previamente oferecido – quando a mesma se assuma como imprescindível a obstar um desfecho que, em termos de alcance de uma máxima ideal de Justiça, se lhe afigure desfavorável, v.g. resultando na privação da respectiva liberdade, porquanto outro meio de prova, que não proibido, seria insusceptível de alcançar o mesmo efeito que o proibido – ou seja, vedar a possível e provável condenação de um inocente<sup>210</sup>.

Também não rejeitamos em tese que o Ministério Público junte à Acusação, para efeitos de produção e valoração em sede de julgamento, prova normalmente qualificada de “indirectamente proibida” quando, independentemente de se afirmar que a mesma prova seria, ou não, alcançada através de outros métodos de obtenção de prova “não contaminados” pela proibição de prova se, no âmbito da criminalidade mais grave, se chegar à conclusão que casuisticamente urge assegurar, mais que a tutela de determinados direitos fundamentais do arguido, a tutela punitiva do Estado e respectiva segurança da comunidade, protegendo assim, reflexamente, os interesses individuais da vítima do crime<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Em sentido análogo, FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA atesta que “*o jurista não pode ficar indiferente ao conflito de valores materiais que se regista quando, por um lado, a condenação de um agente se encontra dependente da valoração de um nuclear meio de prova obtido de forma ilícita, quanto mais se esteja perante um delito muito grave; ou, por outro lado, quando a absolvição de um inocente depende absolutamente da valoração de um meio de prova ilícito*” – *Da valoração de provas ilícitas em Processo Penal*, Relatório do Seminário de Direito Processual Penal, Curso de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996, página 42.

<sup>211</sup> A consideração da criminalidade grave para efeitos de admissibilidade de medidas de investigação não é esquecida na lei positiva, como resulta do anteriormente exposto e não é também esquecida pela doutrina mais recente. Como referiu MARIA DE FÁTIMA MATA-

É pela clara excepcionalidade em que se admitirão soluções como as acabadas de preconizar que releva imediata e essencialmente a aplicação prática de princípios estruturantes do processo penal português como os que se apontaram *supra*.

Numa conclusão preliminar, diremos que o desenvolvimento do Direito superador da lei, como modo de fazer produzir e valorar provas proibidas, é uma ferramenta à qual só se poderá “lançar mão” apenas se e quando as normas legalmente positivadas não orientem para uma solução constitucionalmente conforme – e, sobretudo, para uma solução que vá ao encontro do ideal máximo de justiça que preconizámos *supra*; se e quando outros interesses constitucionalmente relevantes ao mesmo nível dos que decorrem da norma ínsita no artigo 32.º, n.º 8, reclamarem a “inaplicabilidade” no caso concreto desta; se e quando os princípios estruturantes do Processo Penal português forem devidamente acautelados na sua aplicação prática, relevando essencialmente a garantia de contraditoriedade e da salvaguarda dos direitos de defesa do arguido; se e quando se demonstre, no caso concreto, que não são os direitos fundamentais do arguido aqueles que se assumem como imprescindíveis de acautelar, antes outros susceptíveis de reclamar soluções que, sempre salvaguardando o núcleo essencial desses direitos, afastem a operatividade dos mesmos.

Relativamente à susceptibilidade das ingerências em direitos fundamentais por parte das autoridades judiciais e à “suficiência” das normas habilitadoras, entende MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS que “*as normas procedimentais apenas podem acrescentar, nunca substituir. As reservas do juiz só conseguem assegurar preventivamente o respeito por critérios jurídicos estabelecidos. Pelo que tais procedimentos só fazem sentido perante a existência*

---

MOUROS, “*a relevância da gravidade do crime na ponderação da proporcionalidade da medida não sofre qualquer contestação, constituindo mesmo o principal ponto de vista na apreciação da importância do interesse público numa perseguição penal. Quanto mais grave for o crime tanto maior é o interesse geral da colectividade no seu esclarecimento e castigo. A gravidade dos factos criminosos indiciados obtém-se da intensidade da actuação delituosa e do tipo de gravidade do facto criminoso, incluindo as respectivas consequências em concreto*” – Juiz das Liberdades..., *op.cit.*, página 261.



*de normas suficientes que permitam a prolação de uma decisão com base em critérios que forneçam a medida da conformidade ou desconformidade ao direito. A intervenção do juiz pressupõe o estabelecimento de suficientes critérios legais, e não a sua superação*”<sup>212</sup>. Não podemos sufragar esta ideia, se for reconduzida à aplicação prática das regras de proibição de prova.

Na verdade, resulta de tudo quanto o que foi exposto até aqui que o entendimento como o ora citado é para nós demasiadamente “fechado” e restritivo no que concerne à esfera de actuação do poder jurisdicional. Por nós, reservar ao juiz uma tarefa de mera aferição ou fiscalização do respeito pela lei é reduzir as atribuições e competências que lhe são constitucionalmente reconhecidas.

Como procurámos demonstrar, o desenvolvimento do direito superador da lei não é uma afronta à ideia de vinculação judicial à Lei ao Direito, antes constituindo uma forma de manifestação dessa vinculação.

A Lei e o Direito são respeitados se aplicados pelo poder jurisdicional: essa aplicação nunca será tão-só subsumida a uma tarefa de “polícia”. A separação de poderes além de ter uma repercussão negativa, na medida em que reclama uma demarcação clara entre a essencialidade da esfera de poderes reconhecida a cada órgão de soberania, terá, certamente, também uma repercussão positiva, exigindo o controlo correlacionado de todos aqueles órgãos e, simultaneamente, o espaço à superação, constitucionalmente legitimada, dos lapsos acometidos pelos demais.

Assim, porque a liberdade de cada pessoa é um dos valores mais altos a salvaguardar pela ordem constitucional de um Estado Direito, assente na salvaguarda da dignidade humana, independentemente do que se possa extrair tanto do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, como do artigo 126.º, do CPP, ou de quaisquer outras proibições de prova dispersas pelo Código, se for a valoração de uma prova proibida o único meio idóneo à preservação daquele valor – liberdade –, impedindo, assim, que um inocente se veja privado dela, é de admitir a utilização,

---

<sup>212</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 283.

produção e valoração dessa prova até ao ponto em que seja necessária para a garantia da liberdade daquele.

Vejamos, neste âmbito, um exemplo dado por JOÃO CONDE CORREIA: *“Se um arguido for acusado (ou condenado) da prática de um crime grave e correr o risco de sofrer uma pesada pena de prisão (ou se estiver mesmo já a cumpri-la) poderemos utilizar o conteúdo de um diário íntimo, entretanto, conhecido, onde o verdadeiro autor confessa a prática desse crime, apenas no intuito de absolver aquele inocente injustamente acusado (ou condenado)?”*<sup>213</sup>.

Para nós a resposta será evidentemente afirmativa. Todavia, há quem diga que *“no caso de diários íntimos ou de outros registos provenientes do núcleo inviolável da privacidade, a resposta da doutrina tem sido negativa. O direito à liberdade não poderia sobrepor-se ao âmago da personalidade. Tal como a verdade não deve ser lograda a todo o custo, também a protecção da liberdade individual não deve conduzir à violação dos mais elementares direitos fundamentais. Mas, se em vez desse núcleo irredutível estiverem em causa as áreas periféricas da vida privada, parece que já será razoável impor ao terceiro esse sacrifício, sobretudo quando estiver em causa o risco de cumprimento de uma pesada de pena de prisão. O direito fundamental de não ser injustamente condenado, sobrepor-se-á, nesse caso, ao integral respeito da vida privada de terceiro”*<sup>214</sup>.

É-nos completamente inconcebível acolher um entendimento como aquele que foi agora exposto. Como é evidente, também no primeiro – em que está em causa “o núcleo inviolável da privacidade” – deverá prevalecer o direito à liberdade. De forma alguma é de crer que a Constituição prescreva que um inocente seja condenado e, consequencialmente, privado da sua liberdade, a troco de se manterem incólumes, intocáveis e insusceptíveis de valoração os escritos de um agente criminoso. Só a incompreensão do princípio da ponderação de

---

<sup>213</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, em *RCEJ*, n.º 6, 2007, página 158.

<sup>214</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “Questões práticas...”, *op.cit.*, página 158.

interesses e recusa de aplicação do mesmo ao caso concreto ou, previamente, um desvirtuar da concepção de Estado de Direito assente na protecção da dignidade humana é que poderão legitimar a condenação e privação de liberdade de um inocente, seja em que circunstância for.

Doutro passo, como abordámos *supra*<sup>215</sup>, ao contrário do que avança alguma da doutrina nacional e foi incorrectamente assumido em tantos acórdãos dos tribunais superiores portugueses, relativamente ao regime das proibições de prova, é tecnicamente incorrecto fazer-se a aplicação do artigo 122.º, n.º 1, do CPP, fazendo daí decorrer um efeito-à-distância da proibição de prova concretamente detectada, estendendo os seus efeitos às provas consequenciais daquela. Não é também, como vimos, do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, que se poderá extrair esse efeito.

A haver um efeito-à-distância das proibições de prova, esse decorrerá de uma interpretação extensiva, teleológica e sistemática do regime das proibições de prova, considerado como um todo, porquanto não há norma expressa que o indique – recorde-se que o artigo 118.º, n.º 3, do CPP, afasta a aplicação do artigo 122.º, n.º 1, do mesmo Código.

O efeito-à-distância de uma concreta proibição de prova, assim, não ocorrerá quando, feita uma ponderação dos interesses em jogo, se considere que: (i) é possível invocar uma autonomia entre a prova concretamente proibida e aquelas que dela eventualmente derivem; (ii) sem esse mesmo efeito, os direitos fundamentais do arguido concretamente afectados ou lesados pela violação da proibição de prova não continuariam afectados ou lesados; (iii) surja outro interesse constitucionalmente relevante, casuisticamente preponderante, a reclamar a não aplicação desse efeito.

A aplicação dos critérios ora avançados ao caso concreto deverá, à partida, fazer-se cumulativamente. Todavia, se razões imperiosas, devidamente

---

<sup>215</sup> Capítulo II – §2.º – 2.2.3. O regime das nulidades de prova e a problemática do efeito-à-distância.

fundamentadas, o justificarem, é de admitir o decaimento de um dos primeiros – nunca o último.

## **2.5. A necessidade de protecção de outros direitos e/ou interesses constitucionalmente relevantes**

Sem propugnar o afastamento das regras de produção de prova ou das proibições de prova, nem significando que a autora defenda, em absoluto, a injustificabilidade da proibição de valoração, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS em resposta a uma questão introdutória que a mesma formula – de que serve uma anulação de prova depois do direito violado – antes de desenvolver a sua resposta, introduz a questão nestes termos: *“Nem a declaração judicial subsequente da ilegalidade de uma medida processual restritiva de direitos, nem a proibição de valoração da prova obtida na sua realização conseguem evitar abusos e ilegalidades em intervenções restritivas em direitos fundamentais verificadas ao longo da investigação criminal. Para isso, tanto uma como outra via chegam sempre tarde de mais. Como Bettina Weisser indica o sugestivo exemplo da escuta de um familiar próximo do suspeito, para salientar que de nada servirá a subsequente proibição de valoração da prova para restabelecer a confiança nas relações familiares depois de esta estar seriamente abalada pelos resultados obtidos com a referida medida”*<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...*, *op.cit.*, página 326. E, mais à frente – página 332 –, desenvolvendo o ideal de protecção de direitos individuais que, segundo alguns, será o cerne do instituto das proibições de prova legitimador do interesse da anulação da prova, diz-nos a mesma autora: *“(…) o regime sancionatório que é corporizado pela proibição de prova só tem aplicação em momento demasiadamente tardio, não conseguindo evitar que seja consumada a violação do direito individual. E, por vezes, sem efeitos úteis. Pense-se no excesso cometido pelos investigadores ao partirem a porta de um armário durante uma busca para acederem ao seu recheio: naturalmente que a proibição de valoração dos objectos apreendidos no seu interior em nada alterará a lesão da propriedade já consumada”*.

Já em momento prévio da sua obra, a mesma autora apresenta que no estado actual das coisas não será tão-somente a posição subjectiva do arguido a única a salvaguardar no âmbito do processo penal: *“A questão essencial é garantir que a investigação seja levada a cabo com a salvaguarda*

É esta mesma constatação de que as proibições de prova, muitas das vezes, não poderão ser entendidas como verdadeiros *remédios* das violações que as *instâncias formais de controlo* por vezes cometem na realização da justiça penal, v.g., na fase de inquérito e de investigação criminal, que levou, como referimos no nosso capítulo dedicado à caracterização do regime das proibições de prova no âmbito do sistema norte-americano, que a jurisprudência do *Supreme Court* promovesse a criação de *exceptions* às *exclusionary rules*.

Os direitos fundamentais que são protegidos pelas proibições de prova não careciam dessas mesmas proibições para que se efectivasse a protecção que lhes é devida. O reconhecimento expresso que legislador consagrou ao elencar um conjunto de direitos fundamentais de cada cidadão, é em si mesmo um mecanismo idóneo, bem como suficiente, à protecção desses mesmos direitos – pense-se desde logo na força vinculativa prevista no artigo 18.º da Lei Fundamental, tanta para os entes públicos, como para os privados.

Entenderem-se as proibições de prova além de meio *idóneo* como meio *necessário* visando a protecção dos direitos fundamentais do arguido desembocará, inevitavelmente em muitos casos, à desprotecção dos direitos fundamentais das vítimas de crimes e à desprotecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, por via da inoperância da efectivação da tutela punitiva do Estado, como forma da realização do direito individual à segurança e à garantia de protecção da paz jurídica colectiva<sup>217</sup>.

E é por isso que julgamos defensável o afastar de soluções gerais nesta sede, apontando para – esta sim, por via de regra, *necessária* – ponderação concreta dos interesses conflituantes.

---

*dos direitos do investigado e de terceiros, assegurando a lealdade e o equilíbrio de procedimentos” – Juiz das Liberdades..., op.cit., página 25.*

<sup>217</sup> Sobre a importância substantiva e adjectiva da posição da vítima do crime, veja-se, designadamente, LABORINHO LÚCIO, “Sujeitos...”, *op.cit.*, páginas 42 e 43.

Acresce que, neste âmbito, entender-se determinada realidade factual como um *remédio*, salvo melhor opinião, esse entendimento será mais correcto se assente na perspectiva do ofendido do crime do que do agente do crime – centrando esta análise na perspectiva da criminalidade mais grave que é aquela que, como vimos, poderá fundamentar a legitimidade de valoração de provas proibidas, nos precisos termos propugnados no ponto anterior deste estudo. Senão vejamos.

A título exemplificativo, a situação de um homicídio: consumado o crime, não há indemnização compensatória à família do ofendido que traga o seu ente querido de volta ou que sirva de *remédio* para o mal já verificado. Nesta sede, o remédio devido é a punição daquele que em dolo agiu contra vida de outrem – é a tutela punitiva do Estado que o reclama como manifestação da vontade de toda a comunidade em geral, e da família do ofendido em particular.

Assim, em abstracto, se for uma prova “derivadamente” proibida afastada da susceptibilidade de valoração – porque proibida – sendo ao mesmo tempo necessária à salvaguarda da tutela punitiva do estado, parece-nos razoável a aplicação do *remédio* que protege direitos individuais do agente do crime ao invés da aplicação do *remédio* que salvaguarda o interesse punitivo do Estado e, ao mesmo tempo, a tutela da segurança comunitária, perante uma situação extrema e excepcional como a que se suscita perante uma ofensa ao direito à vida?

Dito isto, afirmar a protecção de direitos fundamentais das vítimas de crimes como uma realidade a ter e a considerar em sede de regime de proibições de prova, não significará, da nossa parte, uma afirmação de reconhecimento imediato e directo. Antes será uma manifestação indirecta, melhor dito, reflexa, da realização de determinados interesses comunitários, *maxime* da realização da justiça penal. O “protagonismo” reconhecido à tutela dos direitos fundamentais do Arguido no âmbito do processo penal é de manter. Não poderá é significar o afastamento de outros interesses, também eles constitucionalmente relevantes.

## Conclusões

### I.

Subordinado ao tema “O desenvolvimento do Direito superador da lei e a protecção dos direitos fundamentais do arguido no regime das proibições de prova no processo penal português”, o presente estudo pretendeu associar ferramentas próprias da Teoria do Direito no âmbito do Direito Processual Penal.

Evidenciada a teleologia central do regime das proibições de prova do Código de Processo Penal, procurou-se demonstrar a necessidade de compatibilização do mesmo com outros interesses constitucionalmente relevantes.

O desenvolvimento do Direito superador da lei, como método próprio de aplicação do Direito, assume-se como um modo de exercício do dever jurisdicional de vinculação à Lei e ao Direito. Ao lado de outros instrumentos como, por exemplo, o da “interpretação conforme” ao texto constitucional, caracteriza-se como um modelo articulado à interdependência funcional dos órgãos de soberania, *in casu*, entre o poder jurisdicional e o poder legislativo.

Considerando a Lei Fundamental como o fundamento, simultaneamente limite, de qualquer actividade interpretativa e applicativa no nosso ordenamento jurídico, neste âmbito, o desenvolvimento do Direito superador da lei visa resolver conflitos *intra* e *inter*-normativos ao nível da aplicação do regime das proibições de prova. Na verdade, tanto ao nível da CRP, como do CPP, sobressaem comandos normativos igualmente válidos, embora conflitantes.

### II.

A abordagem jurisprudencial ao nível de ordens jurídicas como a norte-americana ou germânica é demonstrativa da permanente conflitualidade entre diversos interesses constitucionais ao nível da aplicação das proibições de prova naqueles sistemas. Por seu turno, ao nível supra estadual – com destaque dado à jurisprudência do TEDH – ressalta a mesma necessidade de resolução de conflitos

entre diversos interesses fundamentais, sempre perspectivada à salvaguarda de uma ideia de *fair trial*.

### III.

Da análise das normas constitucionais destacadas ao longo do texto – sobretudo, o artigo 32.º, n.º 8, da CRP –, ressalta a ideia central do regime português das proibições de prova: a protecção dos direitos fundamentais do arguido. Na aplicação deste mesmo regime, o exercício da função jurisdicional, por força dos imperativos constitucionais, deve assumir este interesse – a protecção do arguido – como *ponto de partida*. Não fica, contudo, *ad eterno*, vinculado a considerá-lo como *ponto de chegada*.

### IV.

O artigo 126.º, do CPP, confirma-se como uma *imagem* ou *espelho* da norma constitucional supracitada. “Preso” a expressões como a da “nulidade” das proibições de prova, o legislador infraconstitucional absteve-se de desenvolver, expressamente, o regime consignado pelo legislador constitucional. Ademais, revelando proibições de prova dispersas no Código, e autónomas ao artigo 126.º, promoveu uma “miscelânea” de conceitos e expressões que pouco têm contribuído para a uniformidade desejada ao nível jurisprudencial.

Contudo, ficaram evidenciados os benefícios na estruturação de proibições de prova dispersas, renunciando a um regime geral, porquanto que ao se inserirem no âmbito fáctico-normativo próprio, asseguram que o poder jurisdicional não se “prenda” a determinadas soluções normativas estanques.

Na verdade, o recurso a ponderações de interesses no caso concreto, além de se assumir como uma necessidade no exercício daquele poder, ao mesmo tempo que modelo de desenvolvimento e aplicação do Direito, indo além da lei escrita, o julgador alcança em melhor medida a realização de um ideal máximo de Justiça a que se encontra vinculado, ao lado da protecção dos direitos fundamentais.



## V.

A protecção dos direitos fundamentais protegidos, em primeiro lugar, pelo artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e, noutro plano, pelo artigo 126.º, do CPP, seria alcançada, de igual forma, sem a cominação dos efeitos próprios da proibição de prova. Na verdade, o reconhecimento autónomo que o legislador constitucional lhes conferiu, bem como a aplicabilidade e vinculação directa das normas que se lhes reportam, seriam meios suficientes à sua salvaguarda. Contudo, não criticamos o propósito garantista do legislador processualista penalista.

## VI.

Distinção essencial neste âmbito é a que se prende com invalidades decorrentes da violação de formalidades processuais, por um lado, e proibições de prova, por outro. Não tendo o legislador nacional alcançado destrinçar claramente umas e outras, uma análise casuística ponderada é especialmente exigida neste âmbito, sob pena de se desvirtuarem regimes que devem ser, sem dúvida, correlacionados, ao mesmo tempo que bem diferenciados um do outro.

Além de resultar da própria literalidade legal – artigo 118.º, n.º 3, do CPP –, a autonomia técnica e dogmática entre as invalidades processuais e as proibições de prova é um requisito necessário à operatividade de regimes incompatíveis, teleologicamente movidos por interesses próprios e com consequências distintas na sua aplicação.

## VII.

Por outro lado, procurou-se também evidenciar que o chamado “efeito-à-distância” das proibições de prova não é uma decorrência imediata do artigo 122.º, n.º 1, do CPP. Fruto da distinção que realçámos entre invalidades processuais, por um lado, e proibições de prova, por outro, diga-se que a norma ora referida é de aplicabilidade exclusiva ao âmbito das primeiras. A justificação de um efeito-à-distância das proibições de prova ter-se-á que encontrar noutro lado.

## VIII.

Na comparação das consequências previstas a umas e outras regras, é também possível fundar a necessária diferenciação que ambas reclamam. Na verdade, enquanto as nulidades processuais, normalmente, só serão cognoscíveis até ao trânsito em julgado de uma futura decisão condenatória, já a violação de uma regra de proibição de prova, como vimos, é fundamento de recurso extraordinário de revisão de sentença transitada em julgado, nos termos do artigo 449.º do CPP.

## IX.

Afirmada que está a salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido como teleologia central ao regime das proibições de prova do Processo Penal Português, o caso concreto pode reclamar a emergência de outros interesses, também eles constitucionalmente relevantes, interesses suficientemente amplos – e também basilares – neste ramo do Direito que podem reclamar uma relativa preponderância no confronto com aquele.

O desenvolvimento do Direito superador da lei, como mecanismo de expansão das faculdades conferidas pela literalidade das normas, servirá o instituto das proibições de prova como o meio idóneo à compatibilização de diversos interesses constitucionais relevantes que, a nosso ver, nunca poderiam ser definitivamente resolvidos pelo legislador, ao mesmo tempo que, revelando a necessária preponderância casuística de interesses antagónicos aos que são primeiramente destacados pelo regime, alcança o aproveitamento e a eficácia máxima das normas aplicáveis.

## X.

Num mundo perfeito, em todo e qualquer processo iniciado pelo Ministério Público seria recolhido um conjunto tal de acervo probatório que, chegados ao momento máximo da sua produção e valoração – audiência de julgamento – seria possível prescindir de muito do mesmo material porque o restante seria bastante

ao alcance da verdade material, processual e funcionalmente orientada por princípios como o do acusatório e da igualdade de armas, sendo sempre salvaguardadas as garantias de defesa do arguido, bem como os seus mais fundamentais direitos.

Mas não vivemos num mundo perfeito. E neste mundo imperfeito em que vivemos, muitas são as realidades que podemos perspectivar: processos que chegam à fase de julgamento incompreensivelmente, dada a relevância que se dá à prova indiciária, julgando-se que tudo e qualquer coisa é indício suficientemente forte para uma futura condenação; processos que nem à fase de julgamento chegam, pois que, por vezes, tal é a ineficácia e ineficiência dos agentes públicos no âmbito da acção penal que ainda antes de terminada a fase de inquérito se constata a prescrição do próprio procedimento criminal; processos em que provas proibidas não são produzidas e/ou valoradas, porquanto se defende que a lei constitucional o não permite e que o Código isso reforça. Salvo melhor opinião, a Constituição permite-o e o Código não poderá afastar, nem afasta, essa permissão.

Sem prejuízo de uma facilidade sobremodo maior para o Ministério Público no âmbito das diligências de obtenção de meios de prova, não está vedada, ainda assim, aos restantes sujeitos processuais – como o arguido ou o assistente – a realização das diligências que não estejam exclusivamente destinadas às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal – buscas, escutas telefónicas, interrogatórios judiciais, interceptação de comunicações electrónicas, entre muitas outras – no sentido de se juntar ao processo outros meios de prova. Estes sujeitos processuais poderão juntar prova documental – escrita ou outra –, prestar declarações e depoimentos, por aí adiante. Assim são as coisas porque nos vinculamos, entre outros princípios processuais, a um princípio da prova livre que, como já foi exposto, não se destina tão-só aos meios de prova, valendo também para os meios de obtenção de prova. Doutro passo, não é um princípio exclusivamente orientado aos entes públicos, podendo os sujeitos processuais que não entes públicos tê-lo como “bandeira” da defesa dos seus legítimos interesses.

## XI.

Dito isto, na realidade imperfeita em que o processo penal via de regra irá actuar, urge “armar” cada um dos sujeitos processuais com as ferramentas idóneas à salvaguarda dos interesses legítimos de cada um: ao arguido as que permitam a sua mais ampla defesa; ao assistente a reparação dos danos causados pelo agente do crime; ao Ministério Público a defesa da legalidade objectiva na prossecução da acção penal; ao juiz tudo quanto permita uma efectiva realização do exercício da função jurisdicional, o que equivalerá, sem excluir, a fazer valer o cumprimento da lei e do Direito, a salvaguardar interesses individuais e colectivos que sejam constitucionalmente reconhecidos, v.g. os direitos, liberdades e garantias do arguido e demais sujeitos processuais e a efectivação da realização da tutela punitiva do Estado.

Porque em cada caso concreto não será de admitir que se possa afirmar previamente qual o interesse constitucionalmente relevante que cumprirá alavancar em prejuízo dos demais, porque uma ponderação casuística de interesses o exige, e porque determinados princípios constitucionais, na concordância prática com aqueles outros que se encontram em colisão, o reclamam, o arguido, o Ministério Público, o assistente ou o juiz poderão suscitar a viabilidade de se produzir e valorar determinada prova à partida proibida.

Suscitar e não fazer valer no imediato, porque essa mesma viabilidade não resulta ela de um comando imediato: resulta antes da conjugação de vários modos de interpretar e aplicar as normas concretamente chamadas à colação, e de subsumir os factos em apreço àquelas; resulta da concordância de vários princípios estruturantes onde o processo penal português se insere.

Isto significa que a susceptibilidade de produção e valoração de provas proibidas deve sempre ser sindicada e sindicável pelos demais sujeitos processuais e, num segundo momento, pelas próprias instâncias de recurso.

## XII.

A possibilidade de se valorar uma prova proibida – e é propositada aqui a não concretização dos conceitos de “proibição absoluta” ou “proibição relativa” de prova, porquanto a sua produção e valoração não dependerá de pré-compreensões do instituto, antes de uma análise ponderada, casuística e constitucionalmente orientada pelo próprio ordenamento jurídico em que se insere o sistema processual penal português – é uma solução que poderá ser atacada como violadora do princípio da separação de poderes se chegados à conclusão que as normas positivadas ofereciam uma resposta imediata no caso concreto e que, ainda assim, o juiz tenha permitido o recurso a realidades não necessariamente abstractas, mas pelo menos não imediatamente positivadas; é uma solução que se poderá qualificar de atentatória do princípio da legalidade, se se perspectivar que o seu resultado prático, ao invés de se assumir constitucionalmente conforme e enquadrado nos valores que cumpre à Lei Fundamental e ao Direito infraconstitucional positivar, antes viola claramente os mesmos valores; violadora dos princípios do acusatório – que estrutura o nosso processo penal – e da igualdade de armas, se se admitisse que o juiz ordenasse a produção e consequente valoração de provas proibidas sem que se acautelassem os necessários interesses em colisão, ou seja, seja que fosse garantida a possibilidade de todos os sujeitos processuais se pronunciarem e oferecerem as soluções que julguem mais aptas ao caso.

## XIII.

Se a valoração de uma prova proibida for o único meio capaz à preservação da liberdade, impedindo, assim, que um inocente se veja privado dela, é de admitir a utilização, produção e valoração dessa prova.

Esta é por nós a primeira conclusão essencial do presente estudo: atentos os fundamentos anteriormente expostos, é de se admitir a utilização de prova proibida quando a mesma se assumir o único meio capaz à necessária e premente exigência de preservação da liberdade do mesmo.

Por seu turno – segundo ponto essencial a considerar –, a admitir-se um efeito-à-distância das proibições de prova, esse decorrerá de uma interpretação extensiva, teleológica e sistemática do regime das proibições de prova, considerado como um todo, porquanto não há norma expressa que o indique. O que irá significar – procurámos fundamentá-lo – a recusa da automaticidade de um eventual efeito-à-distância de uma concreta proibição de prova.

Sobretudo considerando a exigência de aplicação de uma ponderação de interesses ao caso, poder-se-á demonstrar que a extensão dos efeitos da proibição de prova às provas consequentes e derivadas da primeira é, de entre várias hipóteses:

1. Uma consequência desnecessária ou redundante à salvaguarda dos interesses via de regra prosseguidos pela proibição de prova *primária* – designadamente, a protecção dos direitos fundamentais do arguido; ou
2. Um obstáculo ao alavancar de outros interesses, também com dignidade constitucional que, no caso, exigiriam a respectiva efectividade, ao invés do que sucederia com o efeito-à-distância de determinada proibição de prova.



## Bibliografia

Referem-se apenas as obras citadas.

A referência aos acórdãos analisados no âmbito do presente estudo é feita no local onde são tratados. A nível da ordem jurídica portuguesa, todos os acórdãos foram retirados das plataformas [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt); a nível internacional (*US Supreme Court* e TEDH), foram utilizadas as plataformas [www.supremecourt.gov](http://www.supremecourt.gov) e [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra editora, 1992.

BACHOF, Otto, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* (tradução de José Manuel Cardoso da Costa) Coimbra, 1977.

BARREIROS, José António, “O julgamento no novo Código de Processo Penal” em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988.

BELEZA, Teresa Pizarro, “ «Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português”, em *RMP*, n.º 74, 1998.

CAEIRO, Pedro, *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado – O Caso Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CANAS, Vitalino, “A actividade da Polícia e a Actividade Policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. II*, Edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 1º a 107º, Volume I*, Coimbra Editora, 2007.

CORREIA, João Conde, “Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades processuais penais”, em *BFDUC*, Coimbra, 1999.

\_\_\_\_\_, “A distinção entre Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa Perspectiva Essencialmente Jurisprudencial”, em *RCEJ*, n.º 4, 2006.



\_\_\_\_, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, em *RCEJ*, n.º 6, 2007.

DERVIEUX, Valérie, ensaio sobre o sistema processual penal francês, em *Processos Penais da Europa*, (org.) MIREILLE DELMAS-MARTY (tradução de Fauzi Hassan Choukr, com a colaboração de Ana Cláudia Ferizato Choukr), Rio de Janeiro, 2005.

DIAS, Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal” em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988.

\_\_\_\_, *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, edição Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados Portugueses, Porto, 2011.

FERREIRA, Marques, “Meios de Prova”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988.

GONÇALVES, Maia, “Meios de Prova”, em *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988.

GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, em *RPCC*, Ano 2, n.º 3, Julho-Setembro, 1992.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito* (2.ª edição traduzida por João Baptista Machado), Almedina, 2008.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÚCIO, Laborinho, “Sujeitos do Processo Penal (algumas considerações)” – *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988.

Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal, Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Lisboa, Almedina, 2011.

MAY, Richard, *Criminal Evidence*, Londres, 1986.

MENDES, Paulo de Sousa, “As proibições de prova no processo penal”, em *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, Almedina, 2004.

- MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Lisboa, Coimbra Editora, 2011.
- MORÃO, Helena, “O Efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, em *RPCC*, Ano 16, n.º 4, Outubro – Dezembro 2006.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Da valoração de provas ilícitas em Processo Penal*, Relatório do Seminário de Direito Processual Penal, Curso de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996.
- PATRONILHO, Sílvia, *O Regime da Nulidade das Provas em Processo Penal*, dissertação de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.
- PEREIRA, Rui Costa, *Uma “boa” Justiça: reflexão sobre a vinculação do Juiz à Lei e o seu espaço de criação de Direito*, Relatório de Mestrado realizado no Seminário de Teoria do Direito: Público e Privado, Curso de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- \_\_\_\_\_, *A admissibilidade valorativa da prova proibida*, Relatório de Mestrado realizado no Seminário de Direito Processual Penal, Curso de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- POLYVIOU, P.G., *Illegally obtained evidence and R. V. Sang*”, in *Crime, Proof and Punishment – Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres, 1981.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal, I e II*, Lisboa / São Paulo, ed. Verbo, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Ponderação e valoração da prova em processo penal”, em *RCEJ*, n.º 4, 2006.

## Índice

<b>Sumário</b> .....	2
<b>Siglas e Abreviaturas</b> .....	3
<b>Introdução</b> .....	5

### Capítulo I

#### O Desenvolvimento do Direito Superador da Lei

§ 1.º A administração da justiça penal. ....	12
1.1. A vinculação do poder judicial à Lei e ao Direito. ....	12
1.2. O desenvolvimento do Direito superador da Lei. ....	19
§ 2.º Limites e extensão da actividade interpretativa. ....	24
2.1. O comando constitucional de interpretação conforme. ....	24
2.2. A Lei Fundamental como parâmetro conformador e como barreira da actividade interpretativa. .	26

### Capítulo II

#### As Proibições de Prova no Processo Penal Português

§ 1.º As influências externas ao regime português. ....	31
1.1. O modelo norte-americano. ....	31
1.2. O modelo alemão. ....	37
1.3. A Jurisprudência do TEDH. ....	41
§ 2.º Proibições de Prova no Sistema Processual Penal Português. ....	50
2.1. Imposições constitucionais. ....	50
2.1.1. A protecção de direitos, liberdades e garantias. ....	50
2.1.2. O artigo 32.º, n.º 8 da Constituição. ....	58
2.2. Imposições infraconstitucionais. ....	61
2.2.1. O artigo 126.º do Código de Processo Penal. ....	61
2.2.2. Proibições de prova dispersas e autónomas ao artigo 126.º. ....	68
2.2.2.1. Análise Perfunctória. ....	68
2.2.2.2. Protecção de princípios fundamentais do processo penal: pontos comuns nas proibições de prova autónomas. ....	76
2.2.3. O regime das nulidades de prova e a problemática do efeito-à-distância. ....	96
2.3. A Jurisprudência nacional em matéria de proibições de prova. ....	105

### **Capítulo III**

#### **A protecção de Direitos Fundamentais: a marca do Regime Processual**

§ 1.º O princípio da ponderação de interesses e procura da verdade material. . . . .	143
1.1. A sua génese e a jurisprudência constitucional alemã. . . . .	143
1.2. A importação para o sistema português. . . . .	147
1.2.1. O acolhimento ou a falta dele. . . . .	147
1.2.2. Posição adoptada. . . . .	148
§ 2.º A protecção dos Direitos Fundamentais do Arguido. . . . .	151
2.1. Teleologia central no regime das proibições de prova. . . . .	151
2.2. Protecção formal ou substantiva? . . . . .	157
2.3. A conformação dos interesses em jogo. . . . .	161
2.4. Protecção da liberdade do arguido e recusa de um efeito-à-distância automático. . . . .	165
2.5. A necessidade de protecção de outros direitos e/ou interesses constitucionalmente relevantes. . .	170
<b>Conclusões. . . . .</b>	<b>173</b>
<b>Bibliografia . . . . .</b>	<b>182</b>
<b>Índice. . . . .</b>	<b>185</b>